

Michael Burkert

Der Einfluß von Treu und Glauben  
bei der Vertragsabwicklung

(eine rechtsvergleichende Arbeit  
zum deutsch-schweizerischen und  
französisch-belgischen Recht)

1967  
—







Der Einfluß von Treu und Glauben  
bei der Vertragsabwicklung  
(eine rechtsvergleichende Arbeit  
zum deutsch-schweizerischen und  
französisch-belgischen Recht )

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n  
zur

Erlangung des akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte

durch

die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster



vorgelegt von

Michael B u r k e r t  
aus Breslau / Schlesien

1967

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher  
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich  
Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt  
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1967



Meinen Eltern  
in Dankbarkeit gewidmet



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# G l i e d e r u n g

Seite

|      |                                                                                                                 |    |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1  | Einleitung                                                                                                      | 1  |
| § 2  | Einfluß von Treu und Glauben bei der Auslegung der für die Vertragsabwicklung maßgeblichen Parteivereinbarungen | 8  |
| A)   | Deutschland und Schweiz                                                                                         | 8  |
| I.   | Objektiver Ausgangspunkt der Vertragsauslegung                                                                  | 8  |
| II.  | Auslegung unklarer und zweideutiger Vertragsklauseln                                                            | 11 |
| III. | Ergänzung lückenhafter Verträge                                                                                 | 14 |
| IV.  | Durch Treu und Glauben bestimmte Auslegungsregeln                                                               | 18 |
| B)   | Frankreich und Belgien                                                                                          | 24 |
| I.   | Ausgangspunkt der französisch-belgischen Auslegungslehre                                                        | 24 |
| II.  | Auslegung von Verträgen bei volonté incertaine des parties                                                      | 30 |
| III. | Ergänzung von Verträgen bei volonté incomplète des parties                                                      | 35 |
| IV.  | Französisch-belgische Auslegungsregeln                                                                          | 39 |
| C)   | Vergleich                                                                                                       | 45 |
| § 3  | Einfluß von Treu und Glauben auf Umfang und Art der vertraglichen Hauptleistung                                 | 47 |
| A)   | Deutschland und Schweiz                                                                                         | 47 |
| I.   | Allgemeines                                                                                                     | 47 |
| II.  | Einfluß von Treu und Glauben auf den Umfang der Hauptleistung                                                   | 48 |
| III. | Leistungszeit und Leistungsort                                                                                  | 50 |
| IV.  | Ganze Leistung und Teilleistungen                                                                               | 52 |
| V.   | Unbeachtlichkeit von geringfügigen Unregelmäßigkeiten                                                           | 53 |
| VI.  | Einrede des nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages                                                  | 54 |
| VII. | Zurückbehaltungs- bzw. Retentionsrecht                                                                          | 55 |

|      |                                                                   |     |
|------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| B)   | Frankreich und Belgien                                            | 58  |
| I.   | Allgemeines                                                       | 58  |
| II.  | Umfang der Hauptleistung                                          | 61  |
| III. | Leistungszeit und Leistungsort                                    | 63  |
| IV.  | Ganze Leistung und Teilleistungen                                 | 67  |
| V.   | Unbeachtlichkeit von geringfügigen Unregelmäßigkeiten             | 68  |
| VI.  | Einrede des nicht erfüllten Vertrages                             | 70  |
| VII. | Zurückbehaltungsrecht                                             | 73  |
| C)   | Vergleich                                                         | 75  |
| § 4  | Einfluß von Treu und Glauben auf die vertraglichen Nebenpflichten | 77  |
| A)   | Deutschland und Schweiz                                           | 77  |
| I.   | Allgemeines                                                       | 77  |
| II.  | Persönliche Fürsorge- und Schutzpflichten                         | 78  |
| III. | Sachliche Obhuts- und Schutzpflichten                             | 79  |
| IV.  | Mitteilungspflichten                                              | 80  |
| V.   | Mitwirkungspflichten                                              | 82  |
| B)   | Frankreich und Belgien                                            | 84  |
| I.   | Allgemeines                                                       | 84  |
| II.  | Persönliche Fürsorge- und Schutzpflichten                         | 85  |
| III. | Sachliche Obhuts- und Schutzpflichten                             | 87  |
| IV.  | Mitteilungspflichten                                              | 88  |
| V.   | Mitwirkungspflichten                                              | 91  |
| C)   | Vergleich                                                         | 92  |
| 5    | Mißbrauch von vertraglichen Rechten                               | 93  |
| A)   | Deutschland und Schweiz                                           | 93  |
| I.   | Allgemeines                                                       | 93  |
| II.  | Bloße Schikane- und Schädigungsabsicht                            | 96  |
| III. | Unnütze Rechtsausübung oder Fehlen eines berechtigten Interesses  | 97  |
| IV.  | Krasses Mißverhältnis der Interessen und schonende Rechtsausübung | 100 |
| V.   | Verbot des widersprüchlichen Verhaltens                           | 102 |
| 1.   | Völlige Unvereinbarkeit der Verhaltensweisen                      | 103 |
| 2.   | Verwirkung als Folge verzögerter Rechtsausübung                   | 104 |

|      | Seite                                                                                         |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3.   | Unzulässige Berufung auf Formungültigkeit 106                                                 |
| 4.   | Unzulässige Berufung auf Verjährungs- und Verwirkungsfristen 110                              |
| VI.  | Unredlicher Rechtserwerb 111                                                                  |
| B)   | Frankreich und Belgien 115                                                                    |
| I.   | Allgemeines 115                                                                               |
| II.  | Théorie de l'abus de droit 117                                                                |
| III. | Bloße Schikane- und Schädigungsabsicht 123                                                    |
| IV.  | Rechtsmißbrauch und Rechtsausübung in irgendeinem Interesse 128                               |
| V.   | Unnütze Rechtsausübung, krasses Mißverhältnis der Interessen und schonende Rechtsausübung 131 |
| VI.  | Verbot des widersprüchlichen Verhaltens 134                                                   |
| 1.   | Stillschweigender Verzicht 134                                                                |
| 2.   | Formnichtigkeit 137                                                                           |
| 3.   | Verjährungs- und gesetzliche Ausschlußfristen 139                                             |
| VII. | Unredlicher Rechtserwerb 141                                                                  |
| C)   | Vergleich 144                                                                                 |
| § 6  | Einfluß veränderter Umstände auf die Vertragsabwicklung 146                                   |
| A)   | Deutschland und Schweiz 146                                                                   |
| I.   | Allgemeines 146                                                                               |
| II.  | Lehre von der Geschäftsgrundlage 149                                                          |
| III. | Schweizerische Rechtspraxis 153                                                               |
| IV.  | Lösungsvorschläge der Lehre 159                                                               |
| B)   | Frankreich und Belgien 163                                                                    |
| I.   | Allgemeines 163                                                                               |
| II.  | Berücksichtigung veränderter Umstände in der Verwaltungsrechtsprechung 164                    |
| III. | Ablehnende Haltung der Zivilrechtsprechung 165                                                |
| IV.  | Ausdrückliche Änderungsgesetze für Äquivalenzstörungen von allgemeiner Tragweite 168          |
| V.   | Milderungen der grundsätzlich ablehnenden Rechtsprechung 170                                  |

|      | Seite                                                        |
|------|--------------------------------------------------------------|
| VI.  | Erfolglos gebliebene Lösungsvorschläge der Lehre 175         |
| C)   | Vergleich 180                                                |
| § 7  | Einfluß persönlicher Umstände auf die Vertragsabwicklung 183 |
| A)   | Deutschland und Schweiz 183                                  |
| I.   | Allgemeines 183                                              |
| II.  | Höhere persönliche Interessen 184                            |
| III. | Entgegengesetzte Gewissenspflicht 184                        |
| B)   | Frankreich und Belgien 187                                   |
| I.   | Allgemeines 187                                              |
| II.  | Höhere persönliche Interessen 188                            |
| III. | Entgegengesetzte Gewissenspflicht 190                        |
| C)   | Vergleich 192                                                |
| § 8  | Zusammenfassender Vergleich 193                              |

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Aubry, C.  
C.Rau et  
Etienne Martin      Cours de droit civil français  
d'après la méthode de Zachariae  
Bd.IV, obligations, 6.Aufl.  
Paris 1936  
zit.: Aubry-Rau-Bartin, droit  
civil
- Auer, Eugen      Die richterliche Korrektur von  
Standardverträgen  
in: Beiträge zum Privat- und  
Wirtschaftsrecht, Bd. 2,  
Karlsruhe 1964
- Barassi, Lodovico      Istituzioni di diritto civile  
4. Aufl., Milano 1955
- Baudry-Lacantinerie, G.  
et Barde      Traité théorique et pratique  
de droit civil, des obligations  
Bd. II, 3. Aufl. Paril 1906
- Beck, Alexander      Grundprinzipien der bona fides  
im römischen Vertragsrecht  
in: aequitas und bona fides  
Festgabe für August Simonius  
S. 9-27, hrsg. von der Juristi-  
schen Fakultät der Universität  
Basel, Basel 1955
- Besson, Charles      La force obligatoire du contrat  
et les changements dans les cir-  
constances  
Diss., Lausanne 1955
- Betti, Emilio      Cours de droit civil comparé  
des obligations (1957, 1958)  
université du Caire, Milano 1958
- Betti, Emilio      Der Grundsatz von Treu und Glau-  
ben in rechtsgeschichtlicher und  
rechtsvergleichender Betrachtung  
Festgabe für Müller-Erzbach  
S. 2-80, München-Pasing 1954
- Betti, Emilio      Zur Grundlegung einer allgemeinen  
Auslegungslehre  
in: Festschrift für Ernst Rabel  
Bd.II, S. 79-168, Tübingen 1954
- Beudant, Charles  
Paul Lerebours-  
Pigeonnière  
Gaston Lagarde      Cours de droit civil français  
Bd. VIII, les contrats et les  
obligations,  
2. Aufl. , Paris 1952

BGB - RGRK

Das Bürgerliche Gesetzbuch,  
Kommentar herausgegeben von  
Reichsgerichtsräten und Bundes-  
richtern, 11. Aufl.  
I. Band, 1. Teil - Berlin 1959  
I. Band, 2. Teil - Berlin 1960  
II. Band, 1. Teil - Berlin 1959  
II. Band, 2. Teil - Berlin 1960

Berner Kommentar

Kommentar zum Schweizerischen  
Zivilrecht, begründet von  
Prof. Dr. M. Gmür  
Bd. I,1 Einleitung Art. 1-10 ZGB  
Bern 1962  
Bd. IV,2 Sachenrecht II. Abtlg.  
Art. 730-918 ZGB  
Bern 1925  
Bd. VI,1 Obligationenrecht  
Allg. Bestimmungen  
Art. 1-183 OR  
Bern 1941  
Bd. VI,2 Obligationenrecht  
Die einzelnen Vertrags-  
verhältnisse  
Art. 184-551 OR  
Bern 1934

de Bersaques, André

L'abus de droit  
in: Revue critique de jurispru-  
dence belge, Bd. 7, 1953 S.272-287

Blomeyer, Arved

Gewissensprivilegien im Vertrags-  
recht?  
in: JZ 1954 S. 309-311

Boehmer, Gustav

Grundlagen der bürgerlichen Rechts-  
ordnung  
II. Buch, 2. Abtlg.: Praxis der  
richterlichen Recht-  
schöpfung,  
Tübingen 1952

Bonnasies, Pierre

Die Ermessensfreiheit des Richters  
und die Rolle der Billigkeit im  
französischen Recht  
in: Ermessensfreiheit und Billig-  
keitsspielraum des Zivilrichters;  
Arbeiten zur Rechtsvergleichung,  
hrsg. von Ernst von Caemmerer  
Bd. 24 Frankfurt/Main-Berlin 1964

Bonnecase, Julien

Précis de droit civil  
Bd. I u. II, 2. Aufl., Paris 1938,  
1939  
zit.: Bonnacase, droit civil

- Bonnecase, Julien      Supplément, traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie  
Bd. II Paris 1925  
Bd. III Paris 1926  
zit.: Bonnecase, supplément
- Bosch, Friedrich Wilhelm      Vertragspflicht und Gewissenskonflikt  
in: JZ 1954, S. 213-217  
in: JZ 1956, S. 297-303
- Habscheid, Walther
- Bredin, Jean Denis      Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français  
in: travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française  
Bd. XIII (1959-1960) S. 355-380  
Paris 1963
- v. Büren, Bruno      Schweizerisches Obligationenrecht Allg. Teil  
Zürich 1964
- Bürgi, H.      Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht  
Bern 1939
- Campion, C.      La théorie de l'abus des droits (l'exercice antisocial des droits subjectifs)  
Bruxelles et Paris 1925
- Capitant, Henri      Sur l'abus des droits  
in: Revue trimestrielle de droit civil, 1928, S. 365-376
- Carbonnier, Jean      Droit civil  
Bd. II: Les biens et les obligations  
2. Aufl. Paris 1959
- Cassin, René      De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution  
Diss., Paris 1914
- Cassin, René      Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats par inexécution  
in: Revue trimestrielle de droit civil, 1945, S. 159-180

- Chenon, André                    Les événements de juin 1940 et la responsabilité des dépositaires in: La gazette du palais 1942 I doctrine S. 95,96
- Colin, Ambroise                Traité de droit civil  
Henri Capitant                Bd. I Introduction générale, personnes et famille Paris 1957  
Léon Julliot de la              Bd. II Obligations, théorie générale, droits réels principaux Paris 1959  
Morandière                      zit.: Colin-Capitant-Morandière droit civil
- Constantinesco,                Inexécution et faute contractuelle Léontin-Jean                    en droit comparé (droits français, allemand, anglais)  
in: Publications de l'institut de droit européen de l'université de la Sarre, Vol. Nr. 5  
Stuttgart et Bruxelles 1960
- Dabin, Jean                    Théorie générale du droit  
2. Aufl. Bruxelles 1953
- Dabin, Jean                    Le droit subjectif  
Paris 1952
- Daloz                            Nouveau répertoire de droit  
publié sous la direction de MM Emmanuel Vergé, Joseph Hamel  
2. Aufl. Bd. I-IV Paris 1962-1965
- Daloz                            Répertoire de droit commercial et des sociétés  
publié sous la direction de MM Emmanuel Vergé et Georges Ripert  
Bd. I-III Paris 1956-1958
- David, René                    Le droit français  
Bd. I und II, Paris 1960
- Dekkers, René                Précis de droit civil belge  
Bd. I und II, Bruxelles 1954, 1955  
zit.: Dekkers, droit civil belge
- Demogue, René                Traité des obligations en général  
Bd. IV, Sources des obligations Paris 1924  
Bd. V, Sources des obligations Paris 1925  
Bd. VI, Effets des obligations Paris 1931  
zit.: Demogue, obligations

- Deschenaux, Henri La revision des contrats par le juge (clausula rebus sic stantibus) in: ZSR Bd. 61, 1942 S. 509a-636a
- Dolder, Hans-Jörg Die Lehre vom Rechtsmißbrauch, insbesondere die Stellung und Funktion von Art. 2 II ZGB im schweizerischen System der widerrechtlichen Handlungen, Diss., Basel 1952 (Maschinenschrift)
- Dorat des Monts, Roger La cause immorale (étude de jurisprudence) Diss., Paris 1956
- Drexelius, Mathias Irrtum und Risiko, Rechtsvergleichende Untersuchungen und Reformvorschläge zum Recht der Irrtumsanfechtung in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung hrsg. von Ernst v. Caemmerer Bd. 22, Frankfurt/Main-Berlin 1964
- Durand, Paul J. Le droit des obligations dans la jurisprudence française et belge Paris 1933
- Düringer-Hachenberg Das Handelsgesetzbuch I. Bd. (§§ 1-104 HGB) 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1930
- Egger, August Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, hrsg. von Walther Hug, Bd. I und II, Zürich 1957 zit.: Egger, Ausgewählte Schriften
- Eichler, Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen, Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950
- Enciclopedia del diritto Bd. I ff, Milano seit 1958
- Enneccerus, Ludwig Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl., Tübingen 1958  
Lehmann, Heinrich zit.: Enn.-Lehmann
- Enneccerus, Ludwig Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Nipperdey, Hans Carl rechts, 15. Aufl.  
1. Band, 1. Halbband Tübingen 1959  
1. Band, 2. Halbband Tübingen 1960  
zit.: Enn.-Nipperdey

- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch in 2 Bänden  
3. Aufl. , Münster 1962
- Esser, Josef Schuldrecht, Allgemeiner und Be-  
sonderer Teil, Ein Lehrbuch  
2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der rich-  
terlichen Fortbildung des Pri-  
vatrechtes, Rechtsvergleichende  
Beiträge zur Interpretationslehre  
Tübingen 1956
- Esser, Joseph § 242 BGB und die Privatautonomie  
in: JZ 1956, S. 555 ff
- Fick, Fritz Die clausula und die Aufwertung  
nach schweizerischem Recht  
in: ZSR Bd. 44, 1925 S. 153-243
- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht  
Berlin 1965
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Rechts, Band II: Das Rechtsge-  
schaft  
Berlin-Heidelberg-New York 1965
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie  
in: Hundert Jahre Deutsches Rechts-  
leben, Festschrift zum hundertjäh-  
rigen Bestehen des Deutschen Juri-  
stentages, 1860-1960, Bd.I, S.135-  
238, Karlsruhe 1960  
zit.: Flume, Festschrift DJT 1960
- Fuzier-Herman, Ed.  
René Demogue  
Louis Josserand Code civil annoté  
Ba. III (Art. 1048à1314) Paris 1936  
Bd. IV (Art. 1315à1386) Paris 1938  
Bd. V (Art. 1387à1707) Paris 1940  
Bd. VI (Art. 1708à2091) Paris 1949  
Bd.VII (Art. 2092à2281) Paris 1949  
zit.: Fuzier-Herman, Code civil  
annoté
- Gadow, Wilhelm Die Sinrede der Arglist  
in: Jherings Jahrbücher für die  
Dogmatik des Bürgerlichen Rechts  
Bd. 84, 1934 S. 174-203
- Gaudemet, Eugène Théorie générale des obligations  
Paris 1937
- Germann, Oscar Adolf Präjudizien als Rechtsquelle,  
Eine Studie zu der Methodenlehre  
der Rechtsfindung; in: Acta insti-  
tuti Upsalensis Jurisprudentiae  
comparativae, Stockholm 1960

- Germann, Oscar Adolf      Zur Überwindung des Positivismus  
im schweizerischen Recht  
in: ZSR Bd. 71, 1952, S.106-116
- Gmür, Rudolf              Das Schweizerische Zivilgesetzbuch  
verglichen mit dem deutschen Bürger-  
lichen Gesetzbuch  
Abhandlungen zum schweizerischen  
Recht, neue Folge, Bd. 366, Bern 1965
- Gorphe, François        Le principe de bonne foi  
Diss., Paris 1928
- Gounot, Emmanuel        Le principe de l'autonomie de la  
volonté en droit privé (contribu-  
tion à l'étude critique de l'indi-  
vidualisme juridique)  
Diss., Dijon 1912
- Guhl, Theo.              Das schweizerische Obligationen-  
recht (mit Einschluß des Handels-,  
Wechsel- und Versicherungsvertrags-  
rechtes),  
5. Aufl. Zürich 1956
- Guhl, Theo              Die Auslegung der rechtsgeschäft-  
lichen Erklärungen während des  
verflossenen Jahrhunderts  
in: ZSR Bd. 71, 1, 1952, S.141 ff
- Hecht, Werner, A.        Der standardisierte Vertrag als  
rechtsdogmatisches und rechtspoli-  
tisches Problem  
in: ZSR Bd. 79, 1960, S. 47-70
- Heck, Philipp            Grundriß des Schuldrechts  
Tübingen 1929
- Hedemann, Justus Wil-    Die Flucht in die Generalklauseln,  
helm                      eine Gefahr für Recht und Staat  
Tübingen 1933
- Henckel, Wolfgang        Die ergänzende Vertragsauslegung  
in: AcP Bd. 159, 1960, S. 106-126
- Hubmann, Heinrich        Grundsatz der Interessenabwägung  
in: AcP Bd. 155, 1956, S. 85-134
- Hueck, Goetz            Der Grundsatz der gleichmäßigen  
Behandlung im Privatrecht  
in: Schriften des Instituts für  
Wirtschaftsrecht an der Universi-  
tät Köln, hrsg. von H.C.Kipperdey,  
Bd. 8, München-Berlin 1958
- Jäggi, Peter            Vertrauensprinzip und Gesetz  
in: aequitas und bona fides,  
Festschrift für August Simonius,  
hrsg. von der Juristischen Fakul-  
tät der Universität Basel,  
Basel 1955, S.145-159

- Jörs, Paul  
Wolfgang Kunkel Römisches Privatrecht  
2. Aufl., Berlin 1955
- Josserand, Louis De l'esprit des droits et de leur  
relativité; Théorie dite de l'abus  
des droits.  
2. Aufl., Paris 1939
- Jucker, Charles Das angloamerikanische Billigkeits-  
recht  
in: SJZ Bd. 53, 1957, S.81-103
- Juglart, Michel de L'obligation de renseignements  
dans les contrats  
in: Revue trimestrielle de droit  
civil, 1945, S. 1-22
- Kaser, Max Das römische Privatrecht; erster  
und zweiter Abschnitt  
München und Berlin 1955 u.1959
- Kaufmann, Horst Die Einrede der entgegenstehenden  
Gewissenspflicht  
in: AcP Bd. 161, 1962, S.289-316
- Kegel, Gerhard Die Einwirkung des Krieges auf Ver-  
träge in der Rechtsprechung Deutsch-  
lands, Frankreichs, Englands und  
der Vereinigten Staaten von Amerika  
in: Beiträge zum ausländischen und  
internationalen Privatrecht, hrsg.  
vom Kaiser-Wilhelm-Institut f.ausl.  
u.internat. Priv.Recht, Berlin 1941
- Keller, Max Die Auslegung obligationsrechtli-  
cher Verträge  
in: SJZ Bd. 57, 1961, S.313-322
- Lalou, Henri  
Pierre Azard Traité pratique de la responsabi-  
lité civile  
7. Aufl., Paris 1962  
zit.: Lalou, responsabilité civile
- Lange, Heinrich Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemei-  
ner Teil, Ein Studienbuch,  
7. Aufl. München und Berlin 1964
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts  
7. Aufl. Bd. I, Allgemeiner Teil  
München und Berlin 1964  
Bd.II, Besonderer Teil  
München und Berlin 1965  
zit.: Larenz, Schuldrecht
- Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragser-  
füllung (Die Bedeutung der verän-  
derten Umstände im Zivilrecht)  
3. Aufl. München und Berlin 1963  
zit.: Larenz, Geschäftsgrundlage

- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
in: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft  
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Larenz, Karl Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht  
in: NJW 1963, S.737-741;
- van Leeuwen, W.C.J. Normas morales y reglas de interpretación en el derecho de contratos  
in: Revista del instituto de derecho comparado, Barcelona 1954, No. 2, S.117-139
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches  
14. Aufl. Berlin 1963
- Lehmann, Heinrich Mißbrauch der Geschäftsgrundlage  
in: JZ 1952, S. 10 ff
- Lesourd, Noelle L'abus de droit en droit français, notions générales et application particulière-aux sociétés commerciales  
in: Annuario di diritto comparato e di studi legislativi  
Roma, 1961, S. 145 ff
- Lorenz, Jerner Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge  
in: AcP Bd. 156, 1957, S. 381-413
- Liver, Peter Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewährung  
Erster Teil: Entstehung  
in: ZSR 81,1, 1962, S.10-29
- Lukes, Rudolf § 315 als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen  
in: NJW 1963, 1897 ff
- Lyon-Caen, Gérard De l'évolution de la notion de bonne foi  
in: Revue trimestrielle de droit civil, 1946, S.75-112
- Markovitch, Milivoié La théorie de l'abus des droits en droit comparé  
Diss., Lyon 1936
- Marty, Gabriel Droit civil  
Pierre Raynaud Bd. I Introduction générale et personnes, Paris 1961  
Bd. II, 1. Volume, Les obligations  
Paris 1962  
zit.: Marty-Raynaud, droit civil

- de la Massuë, Hubert      Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus de droit  
in: Revue trimestrielle de droit civil, 1948, S. 27-35
- Mazeaud, Henri et  
Léon  
Jean Mazeaud      Leçons de droit civil  
Bd. I: Introduction, personnes, famille, incapacités  
Paris 1955  
Bd. II: Obligations et biens  
Paris 1956  
Bd. III: Sûretés et principaux contrats, Paris 1960  
zit.: Maz.-Maz., droit civil
- Mazeaud, Henri et  
Léon  
André Tunc      Traité théorique et pratique de la responsabilité civile (délictuelle et contractuelle)  
5. Aufl. Bd. I-III, Paris 1957-1959  
zit.: Maz.-Tunc, responsabilité civile
- Meier-Hoyaz, Arthur      Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluß  
in: Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 151, 1948
- Meier-Hoyaz, Arthur      Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung  
in: SJZ, Bd. 52, 1956, S. 173-178
- Merz, Hans      Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung  
in: AcP Bd. 163, 1964, S. 305-345
- Merz, Hans      Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewährung  
2. Teil: Bewährung  
in: ZSR Bd. 81, 1, 1962, S. 30-50
- Merz, Hans      Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtschöpfung  
in: ZSR Bd. 80, 1, 1961, S. 335-366
- Merz, Hans      Die Revision der Verträge durch den Richter  
in: ZSR Bd. 61, 1942, S. 393a-508a
- Nathholz, Peter      Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitlaufs  
Diss., Zürich 1961
- Nägeli, Walter      Allgemeine Geschäftsbedingungen  
Diss., Zürich 1951
- Nastelski, Karl      Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts  
in: JuS 1962, S. 289-298

- Niederländer, Hubert Nemo turpitudinem suam allegans  
auditur, ein rechtsvergleichender  
Versuch  
in: Jus et Lex, Festgabe zum 70.  
Geburtstag von Max Gutzweiler,  
hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg  
(Schweiz), Basel 1959, S.621-638
- Oertmann, Paul Kommentar, Nürgerliches Gesetz-  
buch, Allgemeiner Teil  
3. Aufl. Berlin 1927
- Oertmann, Paul Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer  
Rechtsbegriff  
Leipzig 1921
- Oftinger, Karl Schweizerisches Haftpflichtrecht  
Bd. I: Allgemeiner Teil  
2. Aufl., Zürich 1958
- Oftinger, Karl Einige grundsätzliche Betrachtun-  
gen über die Auslegung und Ergän-  
zung der Verkehrsgeschäfte  
in: ZSR Bd. 58, 1939, S.178-209
- Oftinger, Karl Die krisenbedingte Änderung der  
Grundlagen bestehender Verträge  
(von der sogenannten clausula re-  
bus sic stantibus)  
in: SJZ Bd. 36, 1939/1940, S.229-236
- de Page, Henri Traité élémentaire de droit civil  
belge (principes - doctrine - ju-  
risprudence)  
Bd. I: Introduction, théorie géné-  
rale, personnes, famille  
3. Aufl., Bruxelles 1962  
Bd.II: Incapables, obligations  
(première partie)  
3. Aufl., Bruxelles 1964  
Bd.III: Obligations (seconde partie)  
2. Aufl., Bruxelles 1950  
Bd. IV: Principaux contrats usuels  
(première partie)  
2. Aufl., Bruxelles 1951  
zit.: de Page, droit civil belge
- Perrochet, André Essai sur la théorie de l'abus  
du droit (Art. 2 II Oc suisse)  
dans ses rapports avec la respon-  
sabilité pour les actes illicites  
Diss., Lausanne 1920
- Piotet, Paul Le complètement judiciaire au con-  
trat  
in: ZSR Bd. 80, 1, 1961, S.367-401

- Popesco, Georges-Jorgu D Le droit de rétention en droit anglais, français, allemand, suisse  
Diss., Paris 1930
- Popescu, Corneliu Mihail Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé  
Diss., Paris 1937
- Pothier, R.J. Oeuvres complètes de Pothier, nouvelle édition, Paris 1821  
Bd. I: Traité des obligations  
Bd. IV: Traité du contrat de louage
- Rabel, Ernst Das Recht des Warenkaufs, eine rechtsvergleichende Darstellung  
1. Band, Berlin 1957  
2. Band, Berlin 1958
- Radouant, Jean Du cas fortuit et de la force majeure  
Diss., Paris 1920
- Raiser, Ludwig Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen  
Hamburg 1935
- Rein, Wilhelm Privatrecht und Zivilprozeß der Römer  
Neudruck der 2. Aufl. Leipzig 1958
- Reinicke, G. und O. Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadensersatz  
in: MDR 1954, S. 641-645
- Renault, Pierre Base de la responsabilité contractuelle  
Paris 1938
- Répertoire pratique de droit belge publié sous la direction de MM Emile Brunet, Jean Servais, Charles Resteau, Bd. XI, Bruxelles-Paris 1951
- Reviriot, Roger Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de l'interprétation de la loi  
Diss., Genève 1951
- Rieder, Rudolf Das Eingriffsrecht des Richters in bestehende Verträge auf Grund veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus)  
Diss., Basel 1951

- Rieg, Alfred                    Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand  
in: Bibliothèque de droit privé sous la direction de Henry Solus  
Bd. XIX, Paris 1961  
zit.: Rieg, rôle de la volonté
- Riezler, Erwin                Venire contra factum proprium  
Leipzig 1912
- Rigaux, François            Les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge  
in: travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, Bd. XIII (1959-1960)  
Paris 1963, S. 385-440
- Ripert, Georges  
  Paul Durand  
  René Roblot                Traité élémentaire de droit commercial  
Bd. I, Paris 1959  
zit.: Ripert-Durand-Roblot, droit commercial
- Ripert, Georges  
  Jean Boulanger            Traité de droit civil d'après le traité de Planiol  
Bd. I: Introduction générale, personnes, Paris 1956  
Bd. II: Obligations, droits réels Paris 1957  
Bd. III: Sûretés réelles, contrats civils, Paris 1958  
zit.: Ripert-Boulanger, droit civil
- Ripert, Georges  
  Marcel-Planiol            Traité pratique de droit civil français, 2. Aufl.  
Bd. VI: Obligations, première partie, par Paul Esmein, Paris 1952  
Bd. VII: Obligations, deuxième partie, par Paul Esmein, Jean Radouant, Gabriel Gabolde, Paris 1954  
Bd. X: Contrats civils, première partie par Joseph Hamel, François Givord, Anaré Tunc, Paris 1956  
Bd. XI: Contrats civils, deuxième partie, par André Rouast, René Savatier, Jean Depargneur, André Besson, Paris 1954  
zit.: Ripert-Esmein und andere Verfasser, droit civil

- Ripert, Georges      La règle morale dans les obligations civiles  
4. Aufl. , Paris 1949
- Roubier, Paul      Le droit de la propriété industrielle,  
Paris 1952
- Rundstein, S.      Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts  
in: Archiv für bürgerliches Recht Bd. 49, 1919, S. 319 ff.
- van Ryn, Jean      Principes de droit commercial  
Bd. I, Bruxelles 1954
- Savatier, Jean      La théorie de l'imprévision dans les contrats  
in: Etudes de droit contemporain, contributions françaises aux III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> congrès internationaux de droit comparé  
Bd. II, Sirey, 1959, S. 1-10
- Savatier, René      Traité de la responsabilité civile en droit français  
Bd. I u. II, 2. Aufl., Paris 1951  
zit.: Savatier, responsabilité civile
- Schlageter, Max      Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände  
Diss., Basel 1945
- Schlegelberger      Handelsgesetzbuch Bd. III  
erläutert von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder  
4. Aufl. , Berlin u. Frankfurt a. Main 1965
- Schmidt-Rimpler, Walter      Zum Problem der Geschäftsgrundlage  
in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München u. Berlin 1955  
S. 1-30
- Schnitzer, Adolf F.      Vergleichende Rechtslehre  
2. Aufl. Basel 1961
- Secrétan, Roger      L'art. 156 du Code des Obligations et la condition potestative  
in: aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 1955, S. 351-364

- Siebert, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung (ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli, §§ 226, 242, 246 BGB, unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes, § 1 UWG) Karburg in Hessen 1934
- Siegwart, Alfred Der Einfluß veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit den Kriege in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Freiburg 1924, S.77 ff.
- Sieveking, Johannes  
Karl Larenz Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens gesetzlich zu regeln und in welchem Sinne? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Heft II B, Tübingen 1954
- Simonius, August Einfluß der historischen Entwicklung von Treu und Glauben in den Nachbarstaaten auf Art. 2 ZGB in: ZSR Bd. 71, 1952, S.253 ff.
- Simonius, August Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag, September 1942, S.233-282
- Soergel, Hs, Th.  
Wolfgang Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 9. Aufl., Bd. I und II, Stuttgart 1959 und 1962  
zit.: Soergel-Siebert
- Spiro, Karl Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 25, Basel 1948
- Soury, Jean Essai sur les principes directeurs du droit civil français des obligations dans son état présent Diss., Bordeaux 1939

- Stählin, Bernhard Die Vertragsverletzung im englischen und schweizer Recht  
in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 41, Basel 1954
- Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch,  
1. Band (§§ 1-177 HGB)  
bearbeitet von Felix Bondi und Albert Pinner  
14. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932  
zit.: Staub-Bondi, Komm. zum HGB
- Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit  
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. I: Allgemeiner Teil,  
(§§ 1-240), 11. Aufl., Berlin 1957  
Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242,  
11. Aufl., Berlin 1961  
zit.: Staud.- und Verfasser
- von Steiger, Fritz Unzulässige Rechtsausübung, insbesondere die Verwirkung  
in: ZSR Bd. 75, 1956, S. 13-42
- von Tuhr, Andreas  
Alfred Siegwart Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl.  
Bd. I, Zürich 1942  
Bd. II, Zürich 1944  
zit.: v. Tuhr-Siegwart, Allg. Teil des schweiz. OR
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts  
Bd. II, 1. Hälfte, Berlin 1914  
zit.: v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen BGB
- Tuor, Peter Das Schweizerische Zivilgesetzbuch  
7. Aufl., Zürich 1965
- Vouin, Robert La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français  
Diss., Bordeaux 1939
- Wendt Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse  
in: AcP Bd. 100, 1906, S. 1-417
- Wenz, Helmut Die Geschäfts- und Praxisveräußerung; Eine Darstellung der rechtlichen und steuerlichen Besonderheiten bei der Veräußerung und Verpachtung von Gewerbebetrieben und freiberuflichen Traxen  
Ludwigshafen 1959

- Wieacker, Franz      Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB  
Tübingen 1956  
zit.: Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB
- Wieacker, Franz      Vertragsbruch aus Gewissensnot  
in: JZ 1954, S. 466-468
- Würdinger, Hans      Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts  
Bd. I: (§§ 1-104 HGB)  
2. Aufl., Berlin 1953  
zit.: Würdinger in RGRKomm. zum HGB
- Ust, Günther      Die Interessengemeinschaft; ein Ordnungsprinzip im Privatrecht  
Frankfurt/Main-Berlin 1958
- Yung, Walter      L'interprétation supplétive des contrats; in: ZBJV Bd. 97, 1961  
S. 41-64
- Zippelius, Reinhold      Zum Problem der Rechtsfortbildung  
in: NJW 1964, S. 1981-1987
- Züricher Kommentar      Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch  
2. Aufl. Bd. I: Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB)  
bearb. von Egger, Zürich 1930  
Bd. IV, 2c: Fahrnispfand (Art. 884-918 ZGB) bearb. v. Karl Cftinger, Zürich 1930  
Bd. V, 1: Obligationenrecht, 1. Halbband (Art. 1-183 OR)  
bearb. v. Hugo Oser und Wilhelm Schönenberger, Zürich 1929  
Bd. V, 2: Obligationenrecht, 2. Halbband (Art. 184-418 OR)  
bearb. v. Hugo Oser und Wilhelm Schönenberger, Zürich 1936  
zit.: Bearbeiter in Züricher No.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

|                                     |                                                                       |
|-------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| a.a.O.                              | am angegebenen Ort                                                    |
| Abtlg.                              | Abteilung                                                             |
| AcP                                 | Archiv für die civilistische Praxis                                   |
| a.E.                                | am Ende                                                               |
| Allg.T.                             | Allgemeiner Teil                                                      |
| a.M.                                | anderer Meinung                                                       |
| Anm.                                | Anmerkung                                                             |
| Art.                                | Artikel                                                               |
| BAG                                 | Bundesarbeitsgericht<br>Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts      |
| BB                                  | Der Betriebsberater, Zehn Tage-Dienst                                 |
| Bd                                  | Band                                                                  |
| Betrieb                             | Der Betrieb, Wochenschrift                                            |
| BGB                                 | Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch                                     |
| BGE                                 | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung |
| BGHZ                                | Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen       |
| BlZR                                | Blätter für Züricher Rechtsprechung                                   |
| Cc                                  | Code civil français et belge                                          |
| Ccit                                | Codice civile italiano                                                |
| Civ                                 | Cour de Cassation, Chambre civile                                     |
| Civ.civ.                            | Cour de Cassation, Chambre civile, Section civile                     |
| Civ.Sect. civ.                      | Cour de Cassation, Chambre civile, Section civile                     |
| Civ. b                              | Cour de Cassation belge, Chambre civile                               |
| Civ. Sect.com.<br>oer Civ.Sec.com.  | Cour de Cassation, Chambre civile, Section commerciale                |
| Civ.sect. soc. oer<br>Civ. sec.soc. | Cour de Cassation, Chambre civile, Section sociale                    |

|                   |                                                                                                                                         |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| D                 | Recueil Dalloz de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation                                                                          |
| DA                | Recueil Dalloz, Recueil Analytique de Jurisprudence et de Législation                                                                   |
| DC                | Recueil Dalloz, Recueil Critique de Jurisprudence et de Législation                                                                     |
| déc.              | décembre                                                                                                                                |
| DH                | Recueil Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence                                                                                   |
| Dig.              | Digesten                                                                                                                                |
| Diss.             | Dissertation                                                                                                                            |
| DJZ               | Deutsche Juristenzeitung                                                                                                                |
| DP                | Recueil Dalloz, Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine                                          |
| D Somm            | Recueil Dalloz, Sommaires                                                                                                               |
| éd.               | édition                                                                                                                                 |
| FN                | Fußnote                                                                                                                                 |
| févr.             | février                                                                                                                                 |
| GazPal            | La Gazette du Palais                                                                                                                    |
| GazTrib           | La Gazette des Tribunaux                                                                                                                |
| HGB               | Deutsches Handelsgesetzbuch                                                                                                             |
| h.M.              | herrschende Meinung                                                                                                                     |
| HRR               | Höchststrichterliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur "Deutschen Justiz" und zur amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen |
| janv.             | janviér                                                                                                                                 |
| Jherings Jb       | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts                                                                            |
| JuS               | Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung                                                                            |
| Jur Com Bruxelles | Jurisprudence commerciale de Bruxelles                                                                                                  |
| JW                | Juristische Wochenschrift                                                                                                               |
| JZ                | Juristenzeitung                                                                                                                         |

|                    |                                                                                                                |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ko und Komm        | Kommentar                                                                                                      |
| LG                 | Landgericht                                                                                                    |
| LAG                | Landesarbeitsgericht                                                                                           |
| LM                 | Lindenmaier-Möhring , Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs                                                   |
| MDR                | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                              |
| NJW                | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                 |
| nov.               | novembre                                                                                                       |
| note               | Anmerkung zu einem Urteil                                                                                      |
| Nr.                | Nummer                                                                                                         |
| oct.               | octobre                                                                                                        |
| OeBGB              | Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Oesterreich                                                             |
| OGHZ               | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen                                |
| OLG                | Oberlandesgericht<br>Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts                  |
| OR                 | Schweizerisches Obligationenrecht                                                                              |
| Paris u.a. Städte  | Cour d'Appel de Paris .....                                                                                    |
| Pasb               | Pasicrisie belge, Recueil générale de la Jurisprudence des Cours et Tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique |
| Rec.pér.ass.       | Recueil périodique d'Assurances                                                                                |
| Recht              | Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand                                                           |
| Req.               | Cour de Cassation, Chambre des Requêtes                                                                        |
| Rev.crit.jur.belge | Revue critique de Jurisprudence belge                                                                          |
| Rev.trim.dr.civ.   | Revue trimestrielle de droit civil                                                                             |
| RGZ                | Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen                                                     |

|                     |                                                                                                |
|---------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| S.                  | Seite                                                                                          |
| S.                  | Recueil Sirey de Jursiprudence<br>et de Législation                                            |
| Schweiz. schweizer. | schweizerisches                                                                                |
| sept.               | septembre                                                                                      |
| Seuff. Arch.        | J.A.Seuffert, Archiv für Entschei-<br>dungen der obersten Gerichte in den<br>deutschen Staaten |
| SJZ                 | Schweizerische Juristenzeitung                                                                 |
| Soc.                | Cour de Cassation, Chambre sociale                                                             |
| Somm.               | Sommaires                                                                                      |
| Trib.civ.Seine      | Tribunal civil de la Seine                                                                     |
| Trib.com.Seine      | Tribunal commerciale de la Seine                                                               |
| Trib. de paix       | Tribunal de paix                                                                               |
| Trib.gr.inst.       | Tribunal de grande instance                                                                    |
| VersR               | Versicherungsrecht, Juristische<br>Rundschau für die Individualversi-<br>cherung               |
| vgl.                | vergleiche                                                                                     |
| vol.                | volume                                                                                         |
| WarnRspr            | Otto Warneyer, Die Rechtsprechung<br>des Reichsgerichts auf dem Gebiete<br>des Zivilrechts     |
| WuW                 | Wirtschaft und Wettbewerb, Düssel-<br>dorf                                                     |
| ZBJV                | Zeitschrift des Bernischen Juristen-<br>vereins                                                |
| ZGB                 | Schweizerisches Zivilgesetzbuch                                                                |
| ZSR                 | Zeitschrift für Schweizerisches<br>Recht, Basel                                                |



## § 1 Einleitung

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 242 BGB in den einleitenden Paragraphen des zweiten Buches des BGB: Recht der Schuldverhältnisse den Grundsatz von "Treu und Glauben" aufgestellt. Aus seiner gesetzessystematischen Stellung in Verbindung mit § 157 BGB ergibt sich, daß Treu und Glauben die Vertragsabwicklung beherrschen.<sup>1</sup> Erst im Laufe der Entwicklung hat sich § 242 BGB zu dem alles beherrschenden Rechtsgrundsatz entwickelt, der heute anerkannt ist.<sup>2</sup>

Anders als im deutschen BGB steht schon in den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 2 I ZGB, der jedermann gebietet, in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Das schweizerische ZGB als jüngste der verglichenen Kodifikationen (1912 in Kraft getreten) ist das Musterbeispiel einer sehr freien Regelung, die in Art. 1 ZGB ihre Lückenhaftigkeit ausdrücklich anerkennt.<sup>3</sup> In dieser offenen Rechtsordnung betont schon die Gesetzessystematik deutlich das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben als oberstes Rechtsprinzip.<sup>4</sup>

- 
- 1 Enn.-Lehmann, § 4 II S.18; Fikentscher, Schuldrecht § 26 VII S.99, § 27 I S.101;
  - 2 Staud.-Weber, § 242 Anm. A 1, A 16, A 27; Esser, Schuldrecht § 31,1 S. 99, § 31,4 S.102; v. Thur, Allgemeiner Teil des deutschen BGB, Band II, 1.Hälfte, § 64 S.545; Larenz, Schuldrecht, § 10 I S. 107; Hedemann, Flucht in die Generalklausel, S. 6 u. 12 ff.;
  - 3 Gmür, Das ZGB verglichen mit dem BGB S.41; Peter Liver in: Berner Ko.I,1 Einleitung Nr.119,120; Meier-Hoyaz in Berner Ko.I,1, Art. 1 Nr. 288,289; Merz in ZSR Bd.80,1 (1961) S. 337;
  - 4 BGE 83 II 349, 350; BGE 44 II 445; Merz, Berner Ko.I,1 Art.2 Nr. 30 S.234; Liver und Merz in ZSR 82,1(1962) S. 25, 45 und 48; Egger, Züricher Ko. Art.2 Nr.6;

Die Formel der §§ 242, 157 BGB, Art. 2 I ZGB umschreibt die redliche Rechtseinstellung als Treue zu dem eigenen Wort und als Vertrauen auf das Wort des anderen, oder allgemein als wechselseitige Rücksichtnahme, als Vertrauen des Verkehrs in die sachgerechte Abwicklung eines Rechtsverhältnisses.<sup>1</sup>

Das schweizerische Recht (abgekürzt: schweizer.Recht) hat aus Art. 2 I ZGB die Herrschaft des Vertrauensprinzips in der Rechtsordnung abgeleitet.<sup>2</sup>

Für das Verhalten der Vertragsparteien wie auch für sonstige Rechtsbeziehungen besteht demnach im deutschen und schweizer. Recht eine übergeordnete Regel, deren Umfang so weit reicht, daß ein konkreter Inhalt nicht mehr feststellbar ist. Aus dem Wortsinn läßt sich kein juristischer Gehalt ableiten, nur eine allgemeine Richtlinie der richterlichen Wertung. Treu und Glauben verweisen auf das Rechtsgewissen, auf außerrechtliche soziale, sittliche und moralische Maßstäbe. Das geforderte Vertragsverhalten ist das eines anständigen Menschen.<sup>3</sup> Dahinter verbirgt sich die Erkenntnis des Gesetzgebers, daß alle Parteivereinbarungen stets unvollständig bleiben, während er selbst nicht fähig ist,

---

<sup>1</sup> Merz in Berner Ko. Art.2 Nr. 17 S.230, in ZSR 81,1 (1962) S.48, in ZSR 80,1 (1961) S.339; Max Keller in SJZ 57 (1961) S.314; Egger in Züricher Ko.Art.2 Nr.2; Larenz, Schuldrecht § 10 I, S.106; Esser, Schuldrecht § 31,2 S.101; Staud.-Weber § 242 Anm. A 126, 127;

<sup>2</sup> Simonius, Die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe Baseler Juristentag 1942, S.235, 236, 280, 281; Merz in Berner Ko.Art.2 Nr.17 S.230, in ZSR 80,1 (1961) S. 339; Egger Züricher Ko. Art. 2 ZGB Nr.2;

<sup>3</sup> Staud.-Weber § 242 Anm. A 113-115; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S.218,219; Esser, Schuldrecht § 31,2, S.102; Miencker, § 242 S.12,13; August Simonius, Die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe Baseler Juristentag 1942, S.280,281; Jermann, Präjudizien als Rechtsquelle S.17; Merz in Berner Ko.Art.2, Nr.29 u.31, S.234,235, in ZSR 80,1(1961),S.338, in AcP 163 (1964) S.323; Egger, Züricher Ko.Art.2 Nr. 1

eine lückenlose Rechtsordnung zu schaffen, die alle Wechselfälle des täglichen Lebens berücksichtigt<sup>1</sup>.

Indem Treu und Glauben auf außerrechtliche Maßstäbe verweisen, stellen sie die Verbindung zwischen der zeitbedingten Enge der Gesetzeskodifikation und den sich wandelnden Lebensverhältnissen her, welche durch die Rechtsordnung bewältigt werden sollen. Die Anpassung an die jeweiligen Zeiterfordernisse bildet das Krisengebiet jeder Rechtsordnung, in welchem sie ihre Lebenskraft zu beweisen hat. Da die außerrechtlichen Maßstäbe, auf welche Treu und Glauben verweisen, zeitgebunden und damit veränderlich sind, geben sie nur die Richtung an für ein "richtiges" Recht.<sup>2</sup> Unter Beachtung der richterlichen Standeskunst tastet sich die Rechtsprechung von Einzelfall zu Einzelfall, bis aus der Fülle der Entscheidungen neue Rechtsregeln entstehen. Durch Aufstellen von Regeln und Leitsätzen wird die uferlose Generalklausel schrittweise für typische Tatbestände zur Sachnorm ausgestaltet und der logischen Subsumtion zugänglich gemacht.<sup>3</sup>

- 
- 1 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechtes, S. 262, 263; Enn.-Nipperdey § 24 S. 273, 274; Merz in ZSR 81,1 (1962) S. 44, 45, in ZSR 80,1 (1961) S. 335; in AcP 163 (1964) S. 307, 308; Meier-Hoyaz in Berner Ko. I,1 Art. 1 Nr. 288-290 S. 152, 153; Egger in Züricher Ko. Art. 2 Nr. 7;
  - 2 Esser, Schuldrecht § 31, 1 c S. 100; Wieacker § 242 S. 12, 13; Merz in ZSR 81,1 (1962) S. 37, 45, 46; Egger Züricher Ko. Art. 2 Nr. 1 u. 2;
  - 3 Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechtes, S. 63-65; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch 1. Abtlg. S. 232; Wieacker § 242 S. 17 u. 18; Esser, Schuldrecht § 31, 1 c S. 100, § 31,3 S. 102; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 Nr. 29 S. 234; in ZSR 80,1 (1961) S. 344, in AcP 163 (1964) S. 328;

Für das französische und belgische Vertragsrecht findet sich eine dem § 242 BGB und dem Art. 2 I ZGB ähnliche gesetzliche Regelung in Art. 1134 III Code civil français et belge (Zitierweise Cc):  
"les conventions doivent être exécutées de bonne foi - die Verträge müssen nach Treu und Glauben erfüllt werden."<sup>1</sup>

Wie das Treu- und Glaubensgebot geht der Begriff "bonne foi" auf das römische "bonae fidei iudicium" zurück.<sup>2</sup> Diese Rechtsfigur räumte dem Richter weitgehendes Ermessen ein, da ihm die Prozeßformel aufgab, zu verurteilen in "quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona". Die bona fides, ursprünglich Grundlage der Rechtspflichten im Peregrinenrecht, wurde Maßstab für den Umfang von Verpflichtungen. Sie gab dem Richter auf, das Rechtsverhältnis in jeder Beziehung so zu beurteilen, wie es die gute Treue der Beteiligten gebot.<sup>3</sup> Im justinianischen Recht und bei den Glossatoren mit dem Begriff der Aequitas vermischt, gelangte die

---

<sup>1</sup> Dem Art. 1134 III Cc entspricht die französischsprachige Formulierung des Art. 2 I ZGB: "Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi";

<sup>2</sup> Wendt in AcP 100 (1906) S. 4; Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, S. 98, 99, 109; Staud.-Weber § 242 Anm. A 127; Merz Berner Ko. I, 1 Art. 2 Nr. 9 S. 227; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 463 S. 180; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 379 quarter S. 508; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 468 S. 458, 459; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 3 S. 8; Gorphe, le principe de la bonne foi, Diss. Paris 1928;

<sup>3</sup> Kaser, Das römische Privatrecht 1. Abschnitt, § 50 III S. 181; § 114 S. 406-408; Rein, Privatrecht und Zivilprozeß der Römer S. 902, 903; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 468 S. 459; Grosso in Enciclopedia del diritto Bd. V 3.661-663; Gorphe, le principe de la bonne foi, Diss. Paris 1928;

bona fides in das gemeine Recht und in das ancien droit.<sup>1</sup> Schon das römische Recht verwendete den Begriff der "bona fides" doppelsinnig und bezeichnete neben der Treu- und Glaubensregel damit den Bereich des guten Glaubens.<sup>2</sup> Diese Begriffsunklarheit hat sich im französischen Recht fortgesetzt. "Bonne foi" bedeutet sowohl "bonne foi contractuelle" i.S. von Treu und Glauben, als auch "bonne foi des contractants" i.S. von gutem Glauben<sup>3,4</sup>.

- 
- 1 Merz in Berner Ko. Art.2 I Nr.12 S.228; Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht S.101; Beck, Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht, in: aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius 1955 S.24,25; Lyon-Caen in Rev.trim.dr.civ.1946 S.76; Gorphe a.a.O.S.11;
  - 2 Rein, Privatrecht und Zivilprozeß der Römer S.257 und 263; Kaser, Das römische Privatrecht 2.Abschnitt S.206 und 232; Staud.-Coing § 133 Anm.8; Jäggi in Berner Ko. Art.3 Nr.16/17 S.385,386; Betti, Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung, in: Festgabe für Püller-Erzbach 1954 S.10;
  - 3 Vouin, La bonne foi, Diss.Bordeaux 1939 Nr.35,S.53; Lyon-Caen, Rev.trim.dr.civ.1946 S.77; Merz in Berner Ko.I,1 Art.2 Nr.12 S.228, Nr.112,S.256; vgl. auch Art. 550 und 1150 Cc;
  - 4 Ebenso stellt der italienische Codice civile die Vertragserfüllung unter den Grundsatz der buona fede. Art. 1375 Ccit:"Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede - Der Vertrag ist nach Treu und Glauben auszuführen." Ähnlich ist die Formulierung des schweizer. ZGB in italienischer Sprache, Art.2,I ZGB: "Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede ...". Der Begriff "buona fede" hat ebenfalls neben der Bedeutung von Treu und Glauben diejenige von gutem Glauben, z.B. Art.1147 Ccit. Eine eigentümliche italienische Formulierung enthält im Einleitungsart. des Obligationenrechts der Art.1175 Ccit: "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza - Schuldner und Gläubiger haben ihr Verhalten nach den Regeln einwandfreien Benehmens (correttezza) einzurichten."

Das Gebot der "exécution de bonne foi" läßt sich ganz allgemein als vom Geist der Loyalität getragene Vertragsabwicklung beschreiben, wie sie von ehrlichen und anständigen Menschen zu erwarten ist.<sup>1</sup> Damit weist Art.1134 III Cc in die gleiche Richtung wie § 242 BGB, Art.2 I ZGB. Zum Verständnis der französischen und belgischen Rechtsentwicklung ist zu beachten, daß der Code civil ein Jahrhundert vor dem deutschen BGB und dem schweizer. ZGB und OR abgefaßt wurde. 1800 als Code Napoléon in Kraft getreten, 1803 durch Dekret in Belgien eingeführt, 1804 in Luxemburg<sup>2</sup>, ist der Code civil im Zeitalter der französischen Revolution, geprägt von den Gedanken der Aufklärung, als individualistisches und liberales Rechtssystem des siegreichen französischen Bürgertums entstanden. Die Erkenntnis von der Sozialpflichtigkeit aller Rechte bahnte sich erst im folgenden Jahrhundert an.<sup>3</sup> Daher steht vor dem Gebot der exécution de bonne foi in Art.1134 I Cc das Gebot der convention-loi, wonach der Vertrag wie ein Gesetz zu respektieren ist.

Tiefgreifende tatsächliche Veränderungen, vor allem die durch zwei Weltkriege bedingten wirtschaftlichen und politischen Umwälzungen, haben die Vertragsabwicklung in einer Weise beeinflusst, die sowohl vom Gesetzgeber des ausgehenden 18., als auch von dem des ausgehenden 19. Jahrhunderts nicht vorhersehbar war.

---

1 Ripert-Esmein, droit civil Bd.VI Nr.379 quarter S.508; Carbonnier, droit civil, Bd.II Nr.134, S.449; Demogue, Obligations Bd.VI, Nr.3, S.9; Lyon-Caen in: Rev.trim.dr. civ.1946 S.77, FN 2;

2 Schnitzer, vergleichende Rechtslehre Bd.I S.212, 213; de Page, droit civil belge Bd.I Nr.4, 5 S.7-10; Dekkers, droit civil belge Bd.I Nr.26, S.27;

3 Mazeau: (abgekürzt: Maz.-Maz.), droit civil Bd.II Nr. 2 u.30, S.25-28; Ripert-Boulanger, droit civil Bd.II Nr.15 u.18, S.7 u.8; Ripert-Esmein, droit civil Bd.VI Nr.14, S.19, 20; de Page, droit civil belge Bd.II Nr.462 S.22; Schnitzer, vergleichende Rechtslehre Bd.I, S.194, 195-196

Die französische Rechtsordnung stand vor der Wahl, entweder mittels der verheißungsvollen Generalklausel des Art. 1134 III Cc zeitgemäße Anforderungen an die Vertragsabwicklung zu stellen oder auf anderen konstruktiven Wegen Lösungen für die vielfältig auftauchenden Probleme zu finden.

Die vorliegende Arbeit will die Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzeigen, die sich bei dem Bemühen um eine zeitgemäße und sachgerechte Vertragsabwicklung in den verglichenen Rechtsordnungen entwickelt haben.

## § 2 Einfluß von Treu und Glauben bei der Auslegung der für die Vertragsabwicklung maßgeblichen Parteivereinbarungen

### A) Deutschland und Schweiz

#### I. Objektiver Ausgangspunkt der Vertragsauslegung

Die Vertragsabwicklung richtet sich nach den Vereinbarungen der Parteien. Was die Parteien vereinbart haben, wird durch Auslegung festgestellt. Auslegung im engeren Sinne bedeutet Aufklärung und nähere Bestimmung der zweideutigen und unklaren Vereinbarungen. Die Ergänzung erstrebt Verbesserung des mißbrachten und Vervollständigung des lückenhaft gebliebenen Vertrages.<sup>1</sup> Die Interpretation stellt die Weichen für die Vertragsabwicklung. In dem Maße, wie sie sich an die Richtlinie von Treu und Glauben hält, erfolgt gemäß dieser eine nähere Ausgestaltung der Art und Weise der Vertragsabwicklung. In § 133 BGB, Art. 18 OR und in §§ 157, 242 BGB, Art. 2 I ZGB sind Auslegungsgrundsätze aufgestellt. Die letzteren gesetzlichen Bestimmungen verweisen ausdrücklich auf Treu und Glauben.

Beide Rechtsordnungen gehen davon aus, daß das allgemeine Interesse an der Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs die Geltung des objektiv Erklärten fordert. Der die Rechtsordnungen beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben ist als Treue zum eigenen Wort und als Vertrauen des Partners auf das

---

<sup>1</sup> Ebn.-Kipperdey § 205 II, 1 S.1253; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 124 S. 259, Nr. 135 S. 262; Paul Piotet in ZSR 80, 1 (1961) S. 372, 375;

gegebene Wort zu verstehen. Daher gilt das empfangsbedürftige Vertragsangebot als so angenommen, wie es ein objektiver Betrachter in der Lage des Empfängers verstehen darf, der Inhalt des Vertrages beurteilt sich vom Standpunkt eines außenstehenden, vernünftigen Betrachters.<sup>1</sup> Die schweizer. Rechtsordnung hat in Anwendung des Treu- und Glaubensgebotes die Auslegung unter die Herrschaft des Vertrauensprinzips gestellt und bezeichnet die Erklärungstheorie treffender als Vertrauenstheorie.<sup>2</sup>

Zwar bildet nach ausdrücklicher Vorschrift des § 133 BGB und des Art. 18 OR der wirkliche Parteiwille die Grundlage jeder Auslegungstätigkeit.<sup>3</sup>

---

1 BGE 87 II, 95 E 3; BGHZ 16, 11; BGH in NJW 59, 31; RGZ 170, 124; 169, 124, 125; 165, 198; 86, 88; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 19; Soergel-Siebert § 157 Anm. 2; BGB RGRK Krüger-Nieland § 133 Anm. 6 und 13; Staud.-Coing § 133 Anm. 10; Enn.-Nipperdey § 206 III S. 1261; Fikentscher, Schuldrecht § 26 V 3 b, 4 a S. 90; Egger Zür.Ko.I Art.2 Nr.13

2 BGE 87 II, 96 E 3; 81 II 363; 80 II 31; 76 I 351; 74 II 152; 69 II 322; Merz in Berner Ko. I 1 Art. 2 Nr. 125 S. 260 in ZSR 80,1 (1961) S. 339, 340, 346; Guhl in ZSR 71,1 (1952) S. 159, 164; Egger, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. II S. 103, 104; Oftinger in ZSR 58, (1939) S. 186, 187, 190; Meier-Hoyaz in SJZ 52 (1956) S. 176, VIII; Jäggi in aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius, 1955 S. 145; Simonius, Die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre in: Festgabe Baseler Juristentag 1942 S. 235, 236, 241, 280, 281;

3 § 133 BGB: "Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften". - Art. 18 OR: "Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht ist, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen." - Staud.-Coing § 133 Anm. 18 u. 20; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 1; Enn.-Nipperdey § 205 I;

Da aber die hinter der Stirn verborgenen Gedanken der Parteien nicht ohne weiteres erkennbar sind, findet der wirkliche Wille nur soweit Berücksichtigung, als er in irgendeiner Form - wenn auch nur unvollkommen - zum Ausdruck gekommen und damit einem außenstehenden, vernünftigen Betrachter erkennbar ist.<sup>1</sup>

§ 133 BGB sagt nicht, der wirkliche Wille des Erklärenden "gelte", sondern nur, daß er "zu erfordern" ist. Im schweizer. Recht spricht Art. 18 OR vom wirklichen Willen der Parteien und scheint statt auf die Erklärungstheorie auf die Willenstheorie zu verweisen. Mit dem wirklichen Willen ist aber nicht der innere gemeint. Art. 18 OR will nur wie § 133 BGB eine Buchstabeninterpretation verhindern und regelt im übrigen entgegen der allgemeinen Überschrift des Randtitels "Auslegung von Verträgen" nur einen Ausschnitt der Auslegungslehre.<sup>2</sup> Neben dem Treu- und Glaubensgebot des Art. 2, I ZGB beweist die in Art. 23 ff OR geregelte Irrtumslehre die Gültigkeit einer vor allem objektiven Auslegungslehre.<sup>3</sup>

---

1 Flume, Festschrift DJT 1960 S. 195; Soergel-Siebert § 157 Anm. 1; Enn.-Nipperdey § 206 III S. 1261; v. Tuhr, Allg. Teil des dt. BGB, Bd. II, 1. Hälfte, § 64 S. 534; Merz in Berner Ko. I 1 Art. 2 Nr. 121 S. 259; Becker in Berner Ko. IV, Art. 18 OR Nr. 3 S. 71; Guhl in ZSR 71, 1 (1952) S. 160; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 186, 187;

2 Art. 18 OR zielt neben der Simulation auf die Fälsche, wo den äußerlich übereinstimmenden Vertragserklärungen ein verschiedener Sinn beigelegt werden kann oder wo die Parteien eine vom üblichen Sprachgebrauch abweichende Ausdrucksweise gewählt haben; Oser Zür. Ko. Bd. V, 1; Art. 18 Nr. 1; Becker in Berner Ko. Bd. VI, 1 Art. 18 Nr. 3; Guhl in ZSR 71, 1 (1952) S. 161; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 183 184;

3 Merz in Berner Ko. Art. 2 ZGB Nr. 119 S. 258; in ZSR 80, 1 (1961) S. 346; Egger ausgewählte Schriften und Abhandlungen Bd. II S. 104; Meier-Hoyaz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluß, Diss. Zürich 1947 S. 132

## II. Auslegung unklarer und zweideutiger Vertragsklauseln

Ist der Parteienwille klar ausgedrückt und damit eindeutig feststellbar, so bleibt kein Raum für eine richterliche Vertragskorrektur, die vielleicht im Sinne einer besseren Interessenwahrung einer Partei oder einer objektiv vernünftigen Lösung wünschenswert wäre. Diese unverrückbare Regel ergibt sich aus dem die Vertragsordnung beherrschenden Grundsatz der Privatautonomie.<sup>1</sup>

Die zur ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung gebotene Erforschung des wirklichen Willens versagt oft deswegen, weil die Vereinbarungen unklar und zweideutig formuliert sind und unklare Vorstellungen zugrundeliegen. Ein wirklicher Parteiwille ist dann nicht zu ermitteln.

Das deutsche Recht hat die Vertragsauslegung in § 157 BGB geregelt. Während § 133 BGB bei der Auslegung der einzelnen Willenserklärung auf den wirklichen Willen verweist und damit stärker subjektive Momente berücksichtigt, zielt § 157 BGB auf die Auslegung des Vertragsganzen. Nach der Gesetzeslogik muß der Vertrag geschlossen sein, ehe § 157 BGB den § 133 BGB als Auslegungsvorschrift ablöst. Die Auslegung der Einzelerklärung steht am Anfang. In der praktischen Handhabung verwischt sich

---

<sup>1</sup> Staud.-Coing § 133 Nr.20 b u.c.; Soergel-Refermehl § 133 Anm.1; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm.11; § 133 Anm.3; Merz in Berner Ko.I, 1 Art.2 ZGB Nr.121, S.259; Oftinger in ZSR 58 (139) S.196; Becker in Berner Ko.VI, 1 Art.18 Nr.22; BGHZ 9,278; RGZ 82,316; BGE 47 II,34;

die begriffliche Abgrenzung der §§ 133, 157 BGB, die Auslegung des Vertragsganzen drängt in den Vordergrund.<sup>1</sup> Im schweizer. Recht spricht deswegen Art. 18 OR treffender von der Beurteilung des Vertrages, nicht der einzelnen Willenserklärungen. Die Einigung der Parteien soll nicht durch spitzfindige Auslegung der einzelnen Willenserklärungen in Frage gestellt werden. Vielmehr wird die Erhaltung des Vertragsganzen erstrebt, indem für die Wirksamkeit des Vertrages eine Einigung über seine wesentlichen Bestandteile genügt. Im übrigen ermittelt sich die Art und Weise der Vertragsabwicklung durch Auslegung. Daher ist im deutschen Recht § 157 BGB gegenüber § 133 BGB als umfassender Auslegungsgrundsatz anerkannt und bewirkt eine ähnliche Verobjektivierung der Vertragsinterpretation wie im schweizer. Recht Art. 2 I ZGB.<sup>2</sup>

In beiden Rechtsordnungen bilden Treu und Glauben den Maßstab zur Auslegung unklarer Vertragsformulierungen und zur Klärung verschwommener Parteivorstellungen. Der Vertrag hat nach der Erklärungs- oder Vertrauenstheorie den Sinn, der sich bei verständiger Würdigung und redlicher Rechtseinstellung ergibt. Betont wird die objektive Bedeutung des geschlossenen Vertrages, d.h. die objektive Bedeutung

---

1 Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 1; Soergel-Siebert § 157 Anm. 1; Staud.-Coing § 133 Anm. 18; BGB-RGRK Krüger-Nieland § 133 Anm. 6;

2 v. Büren, Schweizer Obligationenrecht Allgemeiner Teil S. 168, 169; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 1; Soergel-Siebert § 157 Anm. 2; Staud.-Coing § 133 Anm. 18; BGB RGRK Krüger-Nieland § 133 Anm. 6; Erman-Westermann § 133 Anm. 2; § 157 Anm.

der Einzelerklärungen in ihrem Zusammenhang.<sup>1</sup>

Einzige unüberschreitbare Schranke dieser verobjektivierenden Auslegung sind unzweideutige subjektive Gegebenheiten.<sup>2</sup> Daher gilt in beiden Rechtsordnungen ausnahmsweise in Durchbrechung der objektiven, von Treu und Glauben bestimmten Auslegungsregeln der nur innerlich gebliebene wirkliche Wille, der sich in keiner äußeren Erklärung niedergeschlagen hat. Bei der falsa demonstratio wollen beide Parteien übereinstimmend dasselbe, bezeichnen aber das Gewollte falsch. Ähnlich liegt es, wenn der Empfänger den wirklichen, aber nur innerlich gebliebenen Willen des Erklärenden erkennt, obwohl dieser objektiv das Gewollte falsch bezeichnet. In beiden Fällen braucht der Erklärungsempfänger nicht in seinem Vertrauen auf die Geltung der objektiven Bedeutung der Erklärung geschützt zu werden, so daß der nur innerlich gebliebene Wille volle Geltung erhalten darf. Treu und Glauben verlangen in diesem Fall, daß von der Verkehrsgeltung der Willenserklärungen abgewichen wird und daß der Adressat sich seine Kenntnis der gegnerischen Absichten zurechnen läßt.<sup>3</sup>

- 
- 1 RGZ 126, 69; 119, 21; BGE 81 II, 363; 80 II, 31 und 264; 69 II, 322; 41 II, 558, 559; 85 II, 24; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 11; Soergel-Siebert § 157 Anm. 2; BGB RGRK Krüger-Nieland § 133 Anm. 6; Merz Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 125; S. 260; Meier-Hoyaz in SJZ 52 (1956) S. 176 VIII; Egger, ausgewählte Schriften und Abhandlungen Bd. II S. 103, 104; Simonius in ZSR 71 (1952) S. 250;
- 2 Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 1 u. 15; Erman-Westermann § 133 Anm. 5; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 Nr. 127; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 136;
- 3 BGHZ 20, 110; BGH in MDR 1959, 637; RGZ 109, 336; 99, 148; 70, 393; 66, 428; 23, 24; Enn.-Nipperdey § 166 IV S. 1032; § 205 I 2 S. 1250; Soergel-Siebert § 157 Anm. 3; v. Büren, schweiz. OR Allg. T. S. 130; Oftinger in ZSR 59 (1939) S. 180; Jäggi in aequitas und bona fides, S. 154; v. Tuhr-Siegwart, Schweiz. OR Allg. T. Bd. I § 34 S. 260; BGE 50 II 531; 41 II, 635, 636;

### III. Ergänzung lückenhafter Verträge

Ein Vertrag kann durch Einigung über alle wesentlichen Punkte wirksam geschlossen sein, obwohl er im übrigen lückenhaft geregelt bleibt. Vertragslücken entstehen, weil bei den Verkehrsgeschäften die vollständige Regelung aller Einzelheiten praktischen Bedürfnissen geopfert wird, und weil es unmöglich ist, alle zukünftigen Entwicklungen vorauszusehen. Eine ursprüngliche oder primäre Vertragslücke liegt vor, wenn ein Punkt, der geregelt sein müsste, von vornherein fehlt. Von einer entwicklungsbedingten, nachträglichen oder sekundären Lücke spricht man, wenn sie erst nach Vertragsschluß durch Veränderung maßgeblicher Umstände entsteht.<sup>1</sup>

Im schweizer. Recht regieren über Art. 2 I ZGB Treu und Glauben die Vertragsergänzung und führen zur Herrschaft des Vertrauensprinzips, ohne daß es auf eine Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Vertragslücke ankommt.<sup>2</sup>

Im deutschen Recht wird eine primäre Vertragslücke nach § 157 BGB ausgefüllt, bei einer sekundären Vertragslücke greift neben § 157 § 242 BGB ein. Zwar betrifft allein § 157 BGB die Vertragsauslegung, also die Frage, was vereinbart ist, bzw. als vereinbart gilt, während § 242 BGB die Art und Weise der Erfüllung bereits feststehender Pflichten regelt.

<sup>1</sup> BGHZ 16, 76; Soergel-Siebert § 157 Anm. 73 u.82; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 8; Enn.-Nipperdey § 205 II, 1 u. 2 S. 1253, 1254; Henkel in AcP 159 (1960) S. 107; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 Nr. 131 S. 261; Yung in ZBJV 97 (1961) S. 41;

Guhl in ZSR 71, 1 (1952) S. 166, 167;  
<sup>2</sup> BGE 88 II, 507, 508 E 5; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 135 S. 261; in ZSR 80, 1 (1961) 342; Yung in ZBJV 97 (1961) S. 48; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 197, 198;

Bei der Ausfüllung sekundärer Lücken verwischen sich diese Unterscheidungsmerkmale, denn es geht nicht mehr allein um eine Auslegung des Vereinbarten, sondern auch um die Frage, wie die veränderten Umstände bestehende Vertragspflichten beeinflussen. Da beide Paragraphen auf Treu und Glauben verweisen, widersprechen sie sich nicht, sondern begründen gemeinsam die Geltung eines objektiven Maßstabes, der zur Ermittlung einer vernünftigen Regelung führt.<sup>1</sup>

Für beide Rechtsordnungen besteht bei der Anwendung eines objektiven Ergänzungsmaßstabes die Gefahr, den Willen der Parteien zur Erreichung billiger Lösungen zu ändern und damit den Grundsatz der Privatautonomie zu verletzen. Die Ergänzung hat sich im Rahmen des Vertrages zu halten, für ihr Ergebnis müssen sich hinreichende Anhaltspunkte im Gesamtzusammenhang finden.<sup>2</sup>

Zur Wahrung des Grundsatzes der Privatautonomie bauen die deutschen und schweizer. Gerichtsentscheidungen möglichst auf einem Parteiwillen auf und berufen sich deswegen häufig auf den mutmaßlichen oder hypothetischen Parteiwillen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BGHZ 23, 282; 16, 76; 12, 337; 10, 2; 9, 273, 278; Soergel-Siebert § 157 Anm. 70; Larenz, Schuldrecht I § 8 II S. 90; Lange § 43 III, 1 S. 275; Erman-Hefermehl § 157 Anm. 1 b; ~~Henckel~~ in AcP 159 (1960) S. 121, 122;

<sup>2</sup> BGHZ 9, 278; BGH in NJW 1954, 799; RGZ 92, 421; 87, 213; BGE 88 II S. 507, 508 E 5; Soergel-Siebert § 157 Anm. 75, 82, 84; Flume Festschrift DJT 1960 Nr. 28 S. 197; Larenz, Schuldrecht I § 8 II S. 90; Enn.-Nipperdey § 205 II, 2 FN 33 S. 1254; Henckel in AcP 159 (1960) S. 107, 108; Merz Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZBG Nr. 135 S. 262; Yung in ZBJV 97 (1961) S. 48 u. 54;

<sup>3</sup> BGHZ 9, 278; 7, 235; BGH in NJW 1958, 1389, 1390; BAG in NJW 1956, 1732, 1733; RGZ 136, 182; BGE 83 II 308, 309; 64 II, 235; 47 II, 318;

Ein methodischer Gegensatz zum objektivierenden Maßstab aus der Natur des Vertrages bestände, wenn mit dem mutmaßlichen Parteiwillen ein Zurückgreifen auf subjektive Parteivorstellungen gemeint wäre. Da bei Vertragslücken ein solcher Parteienwille gerade fehlt, wäre seine Herbeirufung eine ungerechtfertigte Unterstellung.<sup>1</sup> In Wirklichkeit ist der Gegensatz beider Methoden nur ein scheinbarer. Die richtige Ergänzung geht von dem konkreten Vertrag aus und ist insofern subjektiv, d.h. von dem individuellen Vertragsgeist bestimmt. Die Objektivierung erfolgt, indem die fehlende Vertragsbestimmung so ergänzt wird, wie es vernünftige und redliche Menschen in guten Treuen getan hätten. Statt eines hypothetischen wird ein idealer Wille wertend ermittelt. Das bedeutet: Im Rahmen des Gesamtvertrages findet eine vernünftige Interessenabwägung aus objektiver Sicht statt.<sup>2</sup>

Mit dem durch Treu und Glauben verobjektivierten Ergänzungsmaßstab scheinen sich die im deutschen

---

<sup>1</sup> So verstanden von: Soergel-Siebert § 157 Anm. 93, 95; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 197;

<sup>2</sup> BGHZ 23, 285; 16, 76; 12, 342, 343; 9, 278; BGH in NJW 1953, 937; Staud.-Coing § 133 Anm. 38; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 7; Erman-Westermann § 157 Anm. 7; Henckel in AcP 159 (1960) S. 108; Larenz, Schuldrecht I § 8 II S. 90; Flume Festschrift DJT 1960, S. 197, 198; Merz in Berner Ko. Art. 2 ZGB Nr. 145 S. 264, 265; in ZSR 61 (1942) S. 495 a; Piotet in ZSR 80, 1 (1961) S. 373, 376, 377; Yung in ZBJV 97, 1961 S. 63, 64; a.M.: Guhl, in ZSR 71, 1 (1952) S. 163, 166: Statt hypothetischem Willen und Treu und Glauben sind die usages maßgeblich, Anlehnung an Art. 1160 Cc;

Schuldrecht und schweizerischen Obligationenrecht häufigen dispositiven Gesetzesregeln zu treffen<sup>1</sup> und daher nebeneinander oder gar vorrangig anwendbar zu sein.<sup>2</sup> Da die Vertragsergänzung trotz ihrer objektivierenden Methode stets noch durch hinreichende Anhaltspunkte im Gesamtzusammenhang des Vertrages gerechtfertigt sein muß, besteht zwischen dem individuellen Vertrag und seiner Ergänzung ein unlösbarer Zusammenhang. Dispositive Gesetzesregeln greifen erst ein, wenn sich für die unregelte Frage keinerlei Anknüpfungspunkte im konkreten Vertrag ergeben und dieser zum Vertragstypus verallgemeinert werden kann. Die Vertragsergänzung geht demnach den dispositiven Gesetzesregeln vor.<sup>3</sup>

---

1 §§ 546, 559, 565, 612 II, 614, 632 II, 742, 752 753 BGB; Art. 73 I, 81 II, 112 II, 124 II, 158 II, 212 II, 262 I, 267, 271 I, 284 II, 290, 304 I OR

2 So: Otfinger in ZSR 58 (1939) S. 198, 199; Mangold in NJW 1961, 2284;

3 Soergel-Siebert § 157 Anm. 80; Erman-Hefermehl § 157 Anm. 7 d; Esser, Schuldrecht § 13, 1 a u. b, S. 43, 44 Larenz, Schuldrecht I § 8 II S. 91; Wolfgang Henckel in AcP 159 (160) 122; Merz Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 138; Egger Züricher Ko. Art 2 ZGB Nr. 18 Yung in ZBJV 97 (1961) S. 51; Piolet in ZSR 80, 1 (1961) S. 400;

#### IV. Durch Treu und Glauben bestimmte Auslegungsregeln

In der praktischen Handhabung verwischt sich die begrifflich gezogene Grenze zwischen der Auslegung unklarer Vereinbarungen und der Ausfüllung von Lücken. Die Übergänge von unklaren Vertragsformeln über unklare zu fehlenden Parteivorstellungen sind fließend. Die Tätigkeit des Richters orientiert sich an Treu und Glauben bei gleichzeitiger Wahrung des individuellen Vertragsganzen. Auslegung und Ergänzung unterscheiden sich nicht in den Rechtsanwendungsmethoden, sondern nur im Maß der richterlichen Wertungsfreiheit. Wegen des gleichen Maßstabes wird eine Trennung trotz schärfender Problemsicht letztlich bedeutungslos.<sup>1</sup> Maßgebend ist die loyale Verkehrsauffassung von vernünftigen Leuten.<sup>2</sup> Dieser auf Objektivierung zielende, wertende Auslegungsgrundsatz hat sich in verbindlichen Regeln niedergeschlagen, die im deutschen und schweizerischen Recht gleichlautend sind und einzeln oder nebeneinander Anwendung finden.

---

1 BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 2; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 137 S. 262; in ZSR 80, 1 (1961) S. 337; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 197, 198. Guhl in ZSR 71, 1 (1952) S. 166; Yung in ZBJV 97 (1961) S. 46; v. Tuhr-Sieewart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I § 34 III S. 262; Merz in AcP 163 (1964) S. 332, 333  
2 RGZ 131, 351; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 125, 147, 148; Egger, ausgewählte Schriften, Bd. II, S. 104; Oftinger in ZSR 58, (1939) S. 188; Becker Berner Ko. VI, 1 Art. 18 OR Nr. 6 S. 72;

Ausgangspunkt ist das historische Parteiverhalten, alle Umstände des Einzelfalles sind zur Auslegung heranzuziehen. Eine andere Formulierung der Regel, daß jede Auslegung die individuelle Gestaltung des Vertrages zu berücksichtigen hat, ist die Methode, einzelne Klauseln aus dem Gesamtzusammenhang zu deuten. Auslegung und Ergänzung haben mit den unzweideutigen Vertragsbestimmungen in Einklang zu stehen, ebenso mit allen Begleitumständen, die nach dem Vertrauensprinzip von Bedeutung sind.<sup>1</sup>

Wichtig für die Beweislastverteilung ist die Regel, daß die einzelne Vereinbarung zunächst entsprechend dem allgemeinen Sprachsinn gilt. Wer von den Parteien den objektiven Wort- oder Verhaltenssinn für seine Auslegung hat, braucht keine weiteren Beweise zu führen. Aus der Würdigung der Gesamtumstände kann sich aber ergeben, daß in dem konkreten Vertrag eine andere Bedeutung Geltung hat.<sup>2</sup>

Bei der Auslegung von Verkehrsgeschäften spielen lokale und berufliche Sprachgebräuche eine wichtige Rolle. Der verkehrssübliche ist zugleich der ob-

---

1 BGHZ 20, 110; BGH in LM Nr. 1 u. 3 zu § 133 B; RGZ 131, 355; BGE 83, II; 306 E 5; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 18; Staud.-Coing § 133 Anm. 39, 40; Enn.-Nipperdey § 205 I 1 S. 1249; § 206 II S. 1259; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 18; Flume in Festschrift DJT 1960 S. 196; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 149, 152, S. 266, 267; Egger in Züricher Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 14 u. 17; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II S. 106; Otfinger in ZSR 58 (1939) S. 194-196; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 18 OR Nr. 8 S. 72;

2 Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 17, 18; Enn.-Nipperdey § 206 VII S. 1264; BGE 88 II, 504 E 4; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 149 S. 266; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 18 OR Nr. 22 S. 77; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II S. 106;

jektive Wortsinn.<sup>1</sup> Widersprechen sich die Deutung nach allgemeinem Sprachgebrauch und diejenige eines engeren Personenkreises, insbesondere von Fachleuten, so hat letztere Auffassung den Vorrang. Diese Konkurrenzregel kann aber redlicherweise nur gelten, wenn beide Vertragsparteien dem betreffenden Fachkreis angehören, nicht im Verhältnis vom Fachmann und Laie.<sup>2</sup>

Aus dem Verhalten bei der Vertragsabwicklung lassen sich Rückschlüsse auf den seinerzeitigen Parteiwillen ziehen. Insbesondere wird die Behauptung widerlegt, die Parteierklärung oder ein Verhalten bei Vertragsschluß sei in einem anderen Sinne zu verstehen.<sup>3</sup>

Das Gebot von Treu und Glauben verweist auf die Verwirklichung des von den Parteien verfolgten Zweckes. Bei gesellschaftlichen und korporativen Zusammenschlüssen läßt sich stets ein gemeinsamer Zweck ermitteln. Bei Gütertauschverträgen verfolgt jede Partei vor allem eigene Interessen, der gemeinsame Zweck bleibt höchstens als Zusammenfassung gegensätzlicher Parteilzwecke, als Interessen-

---

1 BGHZ 23, 131 u. 136; 14, 61 u. 63; BGH in BB 1959, 94; MDR 1954, 536; BGE 47 II, 531; 50 II, 110; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 17; Soergel-Siebert § 157 Anm. 37; Staud.-Coing § 137 Anm. 51; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 150 S. 266; Egger in Züricher Ko. I Art. 2 TGB Nr. 16; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 195 FN 38, 39;

2 BGE 87 II, 99; 85 II, 348; 82 II, 452; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 151 S. 266; Schlegelberger-Hefermehl § 346 HGB Anm. 24 u. 26;

3 Enn.-Nipperdey § 206 II S. 1259; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen BGB, Bd. II 1. Hälfte, § 64, S. 548 FN 66; BGE 57 II, 452, 453; 40 II, 393, 406 und 416; 51 II, 306; Merz in Berner Ko. I, 1 Nr. 155, 156, S. 267; Egger in Züricher Ko. I, 1 Art. 2 Nr. 17; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II, S. 106; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 195; FN 41.

gefüge bestimmbar. Daher kann bei Güteraustauschverträgen der gemeinsame wirtschaftliche Zweck nur in beschränktem Rahmen ein Maßstab dafür sein, was Treu und Glauben von Auslegung und Ergänzung fordern.<sup>1</sup>

Treu und Glauben streben danach, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Daher sind Auslegung und Ergänzung so vorzunehmen, daß die Willenserklärungen Rechtsbestand haben. Bei zweifelhaftem Sinn ist nicht die unmögliche und sinnlose Bedeutung, sondern diejenige zu wählen, bei welcher der Vertrag Rechtswirksamkeit und wirtschaftlichen Sinn erlangt.<sup>2</sup>

Im deutschen Schuldrecht enthalten die §§ 157, 242 BGB eine positive Verweisung auf die Verkehrssitte, auf die im Verkehr herrschende tatsächliche Übung. Für das schweizerische Recht erkennt Art. 5 II ZGB Übung und Ortsgebrauch als mittelbares Gesetzesrecht an, im übrigen ergibt sich der Einfluß der Verkehrssitte auf die Vertragsauslegung aus der durch das Vertrauensprinzip geforderten Objektivierung.<sup>3</sup> Bei den Branchengeschäften des Handelsverkehrs

1 BGHZ 20, 110; 16, 75; 9, 315; RGZ 131, 351; BGE 88 II, 504 E 4; 83 II, 306 E 5; 72 II, 36; 40 II, 404; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 18; Enn.-Nipperdey § 206 II S. 1259; Esser, Schuldrecht § 13, 3; Flume Festschrift DJT S. 198; Merz Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 57 S. 242; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 18 OR Nr. 19, S. 76; Egger, ausgewählte Schriften Bd. II, S. 104, 105; Guhl in ZSR 71, 1, (1952) S. 169; Oftinger in ZSR 58 (1939) S. 195 FN 37;

2 RG in WarnRspr 1912 Nr. 147, S. 163; Enn.-Nipperdey § 206 V, S. 1263; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 158 S. 268; Egger, ausgewählte Schriften, Bd. II S. 105;

3 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 139, 141, 142 S. 263; Egger in Züricher Ko. I Art. 2 Nr. 16;

darf in Anlehnung an die Handelsbräuche mit der Bedeutung gerechnet werden, die üblich ist (§ 346 HGB). Auch für Nichtkaufleute haben in gewissem Umfang diese besonderen Verkehrsübungen Geltung. Wer sich der Verkehrssitte nicht unterwerfen will, muß für die Verdeutlichung seines Willens sorgen.<sup>1</sup>

Zum Schutze des sich unterwerfenden Teils gegen die Gefahren der einseitig aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen haben beide Rechtsordnungen schließlich in Anwendung des Treu- und Glaubensgebotes besondere Auslegungsregeln entwickelt. Nach der sogenannten Unklarheitenregel gehen Unklarheiten in den allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verfassers. Praktisch wirkt die Regel dahin, daß der Kunde sich auf seine dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechende Deutung einer Vertragsklausel berufen darf und nicht die spezielle Bedeutung der Handels- oder Unternehmensfachkreise gelten lassen muß.<sup>2</sup>

---

1 BGH in BB 1956, 868; in Betrieb 1954, 83; in NJW 1952, 257; OGH in NJW 1951, 111; RGZ 97, 218; RGZ 53, 62; BGE 86 II, 257; 83 II, 523; 76 II, 50; 57 II, 319; Soergel-Siebert § 157 Anm. 25-32; Staud.-Coing § 133 Nr. 11 u. 11a; Schlegelberger-Hefermehl § 346 HGB Nr. 20 u. 29; Enn.-Nipperdey § 41 III, S. 272; § 206 III, 1 S. 1262; Becker in Berner Ko. VI, 1; Art. 18 OR Nr. 9-14, S. 73, 74; Guhl in ZSR 71 (1952) S. 165 ff.; v. Tuhr-Sieglwart, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts Bd. I § 34 I, S. 260;

2 BGH in NJW 1952, 657; BGHZ 5, 111 u. 115; RGZ 131, 351; 94, 29; 91, 426; BGHZ 24, 45; BGE 87 II, 95, 96; 85 II, 349, 350; 82 II, 452; 45 II, 456; Soergel-Hefermehl § 133 Anm. 20; Enn.-Nipperdey § 206 II, S. 1260 FN 21; Staud.-Coing § 133 Anm. 47 u. 68; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 20 u. 39; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 157, S. 268; Nr. 171, S. 271; Egger in Züricher Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 15; Hecht 79, 1 (1960), S. 66 in ZSR; Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, S. 10.

Da Standardverträge nicht durch freies Aushandeln der Vertragsbedingungen, sondern durch Unterwerfung unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Partei geschlossen werden, rechtfertigen Treu und Glauben eine Einschränkung von Klauseln, welche die sich unterwerfende Partei belasten. Diese Regel richtet sich besonders gegen die verbreiteten Haftungsbeschränkungen.<sup>1</sup>

Schließlich sind die für die Unterzeichnung ungelesener Urkunden entwickelten Regeln wichtig. Unter Umständen fällt eine den unterwerfenden Teil belastende Vertragsklausel deswegen fort, weil der andere nach Treu und Glauben als redlicher Geschäftspartner erkennen mußte, daß diese Klausel den Erwartungen des anderen deutlich widersprach.<sup>2, 3</sup>

---

1 BGHZ 40, 65 u. 69; BGH in NJW 1959, 38; BGH in NJW 1958, 1628; KG in NJW 1956, 1758; BGH in MDR 1954, 345; BGHZ 24, 43; BGB RGRK Krüger-Nieland § 157 Anm. 22, 23; Erman-Westermann § 133 Anm. 9; Schlegelberger-Hefermehl § 346 HGB Nr. 94; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 174 S. 272;

2 Schlegelberger-Hefermehl § 346 HGB Nr. 96; BGE 87, I, 56 E 3a; 49 II, 186; 41 II, 458; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 166, 167, S. 270; Nr. 173, S. 271;

3 Das Problem der Korrektur eindeutiger, aber unbilliger Vertragsklauseln wird in diesem Zusammenhang nur angedeutet, da es sich um keine eigentliche Auslegung handelt. Im deutschen Recht half das RG über die Sittenwidrigkeit des § 138 BGB (Monopolmißbrauch). RGZ 132, S. 305-308; 106, 386 u. 388; 62, 264 u. 266; Der BGH begründet das Verbot der unbilligen Vertragsklausel als Verstoß gegen das Treu- und Glaubensgebot des § 242 BGB und die bei Standardverträgen besonders gebotene Rücksichtnahmepflicht auf den schwächeren Teil. BGHZ 41, 151, 154; 20, 164 u. 167; BGH in NJW 1963, 99; 1956, 1065; In der deutschen Lehre wird neuerdings losgelöst von Treu und Glauben die Lösung über § 315 BGB gewiesen. Lukes in NJW 1963, 1897; Larenz Schuldrecht § 8 IV, S. 96; Flume in Festschrift DJT S. 170; (Fortsetzung dieser Fußnote siehe nächste Seite) .

## B) Frankreich und Belgien

### I. Ausgangspunkt der französisch-belgischen Auslegungslehre

Eine dem deutschen und schweizer. Recht vertraute Verweisung der Auslegung auf Treu und Glauben scheint Art. 1134 III Cc zu enthalten, der die Durchführung des Vertrages unter den Grundsatz der *bonne foi contractuelle* stellt. Der Code civil kennt dazu in Art. 1135, 1156-1164 Cc spezielle Auslegungsregeln. In Anlehnung an die deutsch-schweizer. Denkweise werden oft die Art. 1156-1164 Cc als Ausfluß der *bonne foi contractuelle* i.S. einer Herrschaft des Vertrauensprinzips erklärt.<sup>1</sup> Im Gegensatz zu § 157 BGB enthalten die Art. 1156-1164 Cc keine Erwähnung der *bonne foi contractuelle*, andererseits bezieht sich der Wortlaut von Art. 1134 III Cc auf die Durchführung des Vertrages, zielt also auf die Funktion des § 242 BGB.<sup>2</sup> Damit Treu und Glauben als herrschende Generalklausel bei der Vertragsauslegung wirksam werden, müßte Art. 1134 III Cc zu einem Prinzip ausgestaltet sein, das den Art. 1156-1164 Cc übergeordnet ist.

---

Das schweizer. Recht läßt eine Korrektur eindeutiger, aber unbilliger Vertragsklauseln nur über das Rechtsmißbrauchsverbot des Art. 2 II ZGB zu. Hecht in ZSR 79,1 (1960) S. 54; Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, S. 41, 42, 45; a.M.: Merz im Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 177, 178, S. 272; 273;

- 1 Beudant-Lagarde, *droit-civil* Bd. VIII Nr. 307, S. 222; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 814, S. 454; Vouin, *la bonne foi*, Diss. Bordeaux 1939; Nr. 46, S. 72; Guhl in ZSR 71,1 (1952) S. 164, 165; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 112, S. 256;
- 2 Vouin, *la bonne foi*, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 43, 44, S. 65-69;

Der aus der französischen Revolution und dem Zeitalter der Aufklärung stammende Code civil betont die individuelle Seite der Rechte, nicht ihre soziale Bindung. Die alte, liberale Vertragsauffassung stellt die Willensautonomie (autonomie de la volonté, Art. 1134 I Cc)<sup>1</sup> über die Sorge um die objektiven Verkehrserfordernisse.<sup>2</sup> Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts haben daher die in Art. 1156 Cc enthaltene Verweisung auf den gemeinschaftlichen Willen der Vertragsparteien (intention commune des parties, contractantes)<sup>3</sup> in Fortsetzung der Rechtstradition des ancien droit zum obersten Auslegungsgrundsatz erhoben und Vertragsauslegung als Erforschung des wirklichen Parteiwillens (volonté réelle des parties) angesehen.<sup>4</sup>

Die Systematik des Code civil gebietet nicht zwingend den Weg einer subjektiven Auslegungslehre, denn die Art. 1134 III, 1135, 1160 Cc stellen neben die intention commune die Verweisung auf Treu und

- 
- 1 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites - Gesetzmäßig zustandegekommene Verträge gelten wie Gesetz für die, welche sie geschlossen haben.
  - 2 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 31, S. 30; Nr. 38, S. 33; Nr. 221, S. 203, 204; Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 52, S. 85;
  - 3 Art. 1156 Cc: On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes - Bei Verträgen ist möglichst der gemeinschaftliche Wille der Vertragsschließenden zu erforschen, statt bei dem buchstäblichen Sinne der Ausdrücke stehen zu bleiben.
  - 4 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 217, S. 198; Colin-Capitant-Morandière Bd. II Nr. 812, S. 453; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 366, S. 359; Pothier, traité des obligations, 1821 Bd. I Nr. 91 S. 86; Digesten 33, 10, 7; prior atque potentior est quam vox mens dicentis;

Glauben (bonne foi contractuelle), Verkehrssitte (usages), Billigkeit (équité) und Gesetz (loi). Trotz der vorhandenen objektiven Anknüpfungspunkte hat der juristische Individualismus unter Vernachlässigung der objektiven Verkehrserfordernisse den Vorrang. Die auf objektive Kriterien verweisenden Artikel ordnen sich dem Grundsatz der Willensautonomie unter. Vertragserfüllung gemäß der bonne foi contractuelle bedeutet entsprechend dem Willen der Parteien. Auch die in den Begriffen loi, usages und équité liegende Verweisung auf objektive Maßstäbe wird von der subjektiven Methode erfaßt, indem man ihr Wirksamwerden bei der Vertragsauslegung auf eine stillschweigende Parteivereinbarung zurückführt. Im Ergebnis kann die streng nach der intention commune fragende Interpretationslehre auf die Art. 1134 III, 1135 Cc verzichten.<sup>1</sup> Sie hält an der Erforschung der intention commune fest, ohne die Schwierigkeiten der praktischen Durchführung genügend zu beachten. Die volonté interne geht der expression matérielle de la volonté vor (objektiver Erklärungsstatbestand). Am deutlichsten zeigt sich diese Haltung daran, daß der Begriff Willenserklärung (déclaration de volonté) im Gesetz fehlt und erst von der Lehre eingeführt worden ist.<sup>2</sup>

Seit Beginn des 20. Jahrhunderts verstärken sich die Bedenken gegen die allzu strenge Betonung des Prinzips der autonomie de la volonté und seiner Ver-

---

1 Marty-Raynaud Bd.I Nr.98, S.162; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique, Nr.367, S.360; Vouin, la bonne foi, Diss.Bordeaux 1939 Nr.45, 46, S.70-73; Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté, Diss.Dijon 1912, S.173, 174; Gorphe, le principe de la bonne foi, Diss. Paris 1928, S.35; Aubry-Rau-Bartin, droit civil, Bd.IV Nr.346, S.479;

2 Marty-Raynaud Bd.II 1.Vol.Nr.217, S.198, 199; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique, Nr.366 u. 368, S. 360 u.361;

wirklichung in der Interpretationslehre als Erforschung der *intention commune et volonté réelle des parties*.<sup>1</sup> Angeregt durch die Kodifikation des BGB und seine von Treu und Glauben bestimmte objektive Auslegungslehre, die an den äußeren Tatbestand der Erklärungen anknüpft, erhebt ein Teil der Lehre berechnete Vorwürfe: Eine *commune intention* läßt sich nur bei gesellschaftlichen und korporativen Zusammenschlüssen feststellen, schwieriger dagegen bei den im Rechtsleben überwiegenden Austauschverträgen, wo jede Partei eigene Interessen verfolgt. Die Begriffe *bonne foi contractuelle*, *loi*, *usages*, *équité* auf einen stillschweigenden Parteiwillen zurückzuführen bedeutet eine Verkennung des objektiven Wertes dieser Begriffe und eine bedenkliche Ausdehnung des Parteiwillens. Vor allem steckt in dem Suchen nach dem mutmaßlichen Parteiwillen ein unzulässige Unterstellung. Unklare Klauseln haben regelmäßig ihren Ursprung in unklaren Parteivorstellungen. Noch deutlicher entstehen Vertragslücken, weil die Parteien den fraglichen Punkt vergessen oder nicht vorhergesehen haben. Dann fehlt aber auch eine diesbezügliche *intention commune*.<sup>2</sup>

---

1 Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 370 S. 362; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 218, S. 199; Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939 Nr. 52, S. 84; Bonnecase, supplément au traité théorique et pratique de droit civil par Baudry-Lacantinerie-Barde Bd. II Nr. 402-411; S. 480 bis 502; Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté, Diss. Dijon 1912, S. 171 ff.

2 Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 370 S. 362; Nr. 372 S. 365; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 218, S. 200; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 563, S. 549; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 346, S. 269; Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté, Diss. Dijon 1912, S. 195-198;

Die französische Rechtsordnung hat die deutsch-schweizer. Auslegungslehre auf der Grundlage von Treu und Glauben nicht übernommen. Dahinter steht das Bewußtsein, daß Art. 1156 Cc die Grundhaltung des Code civil formuliert, der Wunsch, im Rahmen der herkömmlichen Dogmatik zu bleiben, sowie die Zurückhaltung der französischen Juristen vor dem juristisch ungreifbaren Begriff *bonne foi contractuelle* des Art. 1134 III Cc oder *loyauté et confiance* in Übersetzung der deutschen Treu- und Glaubensformel.<sup>1</sup> Statt dessen macht die französische Auslegungslehre das Prinzip der *autonomie de la volonté* (Art. 1134 I, 1156 Cc) nach wie vor zum Ausgangspunkt aller Überlegungen. Der Richter hat bei unklaren Parteivorstellungen mit allen Mitteln den zugrunde liegenden Willen, die *volonté réelle*, aufzuklären. Kann zu einem fraglichen Punkt keine *intention commune* ermittelt werden, so leitet den Richter die in Art. 1134 III, 1135, 1160 Cc enthaltene Verweisung auf *bonne foi contractuelle*, *usages*, *équité* und erreicht eine Berücksichtigung der objektiven Bedürfnisse des Rechtsverkehrs.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Vouin, *la bonne foi*, Diss. Bordeaux 1939 Nr. 55 S. 92; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 371, 372, S. 364, 365;

<sup>2</sup> Paris, 4. Nov. 1955 *GazPal* 1956 I 153; *Civ* 19 Oct. 1954 = D. *Somm.* 1955 S. 12; *Civ. Sect. Com.* 18. janv. 1950 = D 1950, 397; *Trib. Civ. Seine* 20. déc. 1947 = *GazPal* 1948 II 56, 57; *Req.* 6. févr. 1945 = *GazPal* 1945 I 116; *Civ.* 8. juillet 1936 = DH 1936, 554; *Req.* 13. oct. 1934 = DH 1934, 602; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 373, S. 366, 367; Nr. 392, S. 386; Ripert-Boulanger Bd. II Nr. 455, S. 177; Colin-Capitant-Morandière Bd. II Nr. 813, S. 454; de Page, *droit civil belge* Bd. II Nr. 562, S. 547; Constantinesco, *inexécution et faute contractuelle en droit comparé* Nr. 81, S. 161; Bonnecase, *supplément* Bd. II, S. 502 Nr. 411; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 342, 343, 347; S. 266-269; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 218, S. 200;

Es bleibt zu prüfen, wie weit die französische Auslegungslehre trotz der strengen Herrschaft des Grundsatzes der autonomie de la volonté und des in Art. 1156 Cc enthaltenen Gebotes der Erforschung der intention commune von objektiven Verkehrserfordernissen bestimmt wird und sich damit der von Treu und Glauben und dem Vertrauensprinzip bestimmten deutsch-schweizerischen Auffassung annähert.

## II. Auslegung von Verträgen bei *volonté incertaine des parties*

Auslegung im engeren Sinne bedeutet Aufklären von unklaren und widersprüchlichen Vertragsformulierungen.<sup>1</sup> Da der Grundsatz der Willensautonomie den Vorrang vor allen anderen Überlegungen hat und der gemeinsame Wille der Parteien zum Leitfaden der französischen Auslegungslehre geworden ist, siegt im Gegensatz zur deutschen und schweizer. Auslegungslehre die Parteienabsicht über den äußeren Erklärungsstatbestand. Die Vorherrschaft des inneren über den äußerlich erklärten Willen, des Geistes über den Buchstaben hat dazu geführt, daß in der französischen Auslegungslehre alle Mittel, selbst die äußerlichen, verobjektivierenden, aufgeboten werden, um den inneren Willen der Parteien zur Geltung zu bringen. Die *intention commune* zielt weiter als der in § 133 BGB, Art. 18 OR herausgestellte, aber von Treu und Glauben und dem Vertrauensprinzip überspielte wirkliche Wille.<sup>2</sup>

Wenn auch bei unklaren Vertragsklauseln alle richterliche Auslegung den inneren Willen der Parteien zur Geltung bringen soll, enthält die Forderung nach der gemeinsamen Parteienabsicht ein Merk-

---

1 Paris 1. nov. 1955 = GazPal 1956 I 153; Civ. 11. janv. 1943 = DC 1943 48; Civ. 30. mai 1922 = DP 1922, 1, 69; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 149 I, S. 492; Aubry-Rau-Bartin, droit civil Bd. IV § 342 S. 482; Dekkers, droit civil belge Bd. II Nr. 110, S. 65; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique, Nr. 394, S. 388; Maz.-Maz., droit civil Bd. II, S. 266, Nr. 342;

2 Req. 6. févr. 1945 - GazPal 1945 I 116; Req. 31. oct. 1934 - DH 1934, 602; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 149 I A; S. 493; Nr. 151, S. 499; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 342, 343, S. 266, 267; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 23 u. 25, S. 37 u. 39; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 373, S. 366; Nr. 392, S. 388;

mal der Verobjektivierung. Nicht die einzelne Absicht jedes Vertragspartners, sondern das, was beide gemeinsam wollen, ist zu erforschen.<sup>1</sup> Im übrigen sind sich französische Rechtsprechung und -Lehre bewußt, daß unklare Vertragsklauseln in der Regel auf unklare Parteivorstellungen zurückgehen, und deswegen der vom Richter entdeckte gemeinsame Parteiwille in die Nähe der bloßen Unterstellung gerät. Dieser mutmaßliche, ein wenig wahrsagerisch entdeckte gemeinsame Parteiwille enthält einen unverkennbaren Einfluß objektiver Umstände, da sich die richterlichen Überlegungen von den gesamten äußeren Umständen leiten lassen.<sup>2</sup>

Es bleibt die Bedeutung des objektiven Erklärungstatbestandes bei der Ermittlung der gemeinsamen Parteienabsicht zu klären. Zunächst gilt für die französisch-belgische Auslegungslehre: der objektive Erklärungstatbestand ist nur ein Mittel, um den inneren Willen der Parteien zu erforschen, wenn auch das wesentliche, da der bloß innerlich gebliebene Wille nicht faßbar ist. Ein äußerlich eindeutiger Erklärungstatbestand enthält die Vermutung für einen gleichlautenden inneren Parteiwillen, er ist für die Feststellung des subjektiven Parteiwillens maßgeblich.<sup>3</sup>

Von der Cour de Cassation ist die Lehre von den klaren und eindeutigen Vertragsvereinbarungen (théorie des clauses claires et précises) entwickelt worden, um die Vertragsauslegung in gewissem Umfang seiner Kontrolle zu unterwerfen. An sich überwacht die Cour de Cassation nur die richtige Anwendung der Rechtsre-

1 Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 151, S. 499;

2 Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 455, S. 177;

3 Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 344, S. 267;  
Nr. 355, S. 274;

geln auf die ermittelten Tatsachen. Die Tatsachenermittlung unterliegt der uneingeschränkten Beurteilung des Tatrichters (*juge du fait*). Die Feststellung der *intention commune* ist Tatsachenfrage. Danach wäre die Vertragsauslegung ausschließlich dem Tatrichter vorbehalten und vom Revisionsrichter (*juge du fond*) nicht nachprüfbar. Mittels der *théorie des clauses claires et précises* verschafft sich die *Cour de Cassation* eine beschränkte Kontrollmöglichkeit über die Auslegungstätigkeit der Tatsacheninstanz. Neben prozessualen Veränderungen bewirkt diese Theorie mehr und mehr eine Verobjektivierung im Sinne der deutsch-schweizer Erklärungstheorie und schränkt die subjektive Auslegungsmethode ein.<sup>1</sup>

Als erste Regel gilt: Der Richter wendet eine klare und eindeutige Vertragsklausel sinnteststellt an (*dénaturation*), wenn er trotz des klaren Wort- oder Verhaltenssinnes einer Partei zusätzliche Pflichten auferlegt oder die Anwendung der Klausel, so wie sie vereinbart ist, ablehnt. *Dénaturation* liegt also vor, wenn der Richter den eindeutigen Parteiwillen erkennt und trotzdem an dessen Stelle seinen eigenen Willen setzt. In den Entscheidungen untersagt die *Cour de Cassation* dem Tatrichter nicht, den wirklichen Parteiwillen zu suchen. Wenn sie die Entscheidungen aufhebt, so deswegen, weil die angeführten

---

1 *Civ. Sect. Com.* 18. janv. 1950 = D 1950, 397; *Civ.* 1. déc. 1926 = S 1927, 1, 100; *Civ.* 27. janv. 1925 = S 1925, 1, 14; *Civ.* 30. mai 1922 = S 1922, 1, 289; *Civ.* 8. mars 1921 = S. 1922, 1, 79; *Req.* 29. avril 1907 = DP 1907, 1, 376; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 395 S. 389; Maz.-Maz., *droit civil Bd. II* Nr. 352, 354, S. 271-274; Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil Bd. II*, Nr. 816, S. 456; Ripert-Boulanger, *droit civil Bd. II* Nr. 459, 460, S. 178, 179;

Motive keine Abweichung vom eindeutigen objektiven Erklärungsstatbestand rechtfertigen.<sup>1</sup>

Wenn der Richter eine klare Vertragsklausel beseitigen will, muß er sich also vergewissern, daß diese Klausel trotz ihrer Klarheit und Eindeutigkeit nicht mit dem beiderseitigen Parteiwillen übereinstimmt.<sup>2</sup> Bei der gemeinsamen oder einseitigen, vom Gegner erkannten Falschbezeichnung liegt eine eindeutige Vertragsvereinbarung vor. Da erwiesenermaßen feststeht, daß der gemeinsame innere Wille der Parteien dem äußeren Erklärungsstatbestand widerspricht, hat der wirkliche Wille selbstverständlich den Vorrang vor dem äußeren Erklärungsstatbestand.<sup>3</sup>

Eine weitere Regel ist strenger. Sie besagt, daß im Falle des Konflikts zwischen einer eindeutigen und einer mehrdeutigen Vertragsklausel die eindeutige vorgeht.<sup>4</sup>

1 Civ. 9. juillet 1958 = D 1958, 583; Paris 4.oct. 1954 = D 1955, 12; Civ. 8. mai 1950 = D 1951, Somm. 33; Civ.Sect.Com. 18.janv. 1950 = D 1950, 397; Paris 29.juin 1932 = DP 1934, 2, 129, note Pic; Civ. 7.mars 1922 = DP 1925, 1, 143; Civ.9.oct. u. 16.déc. 1940 = DA 1941, 130; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 396, S. 389-391; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 568, S.557;

2 Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 344, S. 268;

3 Trib. de Nivelles 6. déc. 1961 = Pas b 1961, III,3; Civ. 18.juillet 1927 = S 1930, 1, 206; Req.12. juillet 1926 = GazPal 1926 II 525; Req. 19.juin 1889 = S 1890, 1, 112; Ripert-Esmain, droit civil Bd.VI, Nr. 373, S. 481; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 23, S. 37; Aubry Rau-Bartin, droit civil Bd.IV § 347 S. 482;

4 "la clause claire et précise doit l'emporter sur la clause ambiguë"

Civ. 5. janv. 1948 = D 1948, 265; Civ. 29.juin 1948 = D 1948, 554; Civ. 14.déc.1942 = DC 1944, 112; Civ. 9. oct. + 16. déc. 1940 = DA 1941, 130;

Schließlich hat die Cour de Cassation festgelegt: Jede klare und eindeutige Vertragsklausel ist gemäß ihrem objektiven Wortsinn zu interpretieren. Falls eine Vertragsklausel widerspruchsfrei ist, darf der Richter sie nicht gegen den objektiven Normal-sinn interpretieren. Wenn sich die Parteien der Mühe unterziehen, ihre Vereinbarungen schriftlich niederzulegen, hat jede Partei das Recht auf Anwendung des erklärten Willens. Der Richter kann nicht Nützlichkeits- und Billigkeitserwägungen anführen, um gegen den schriftlichen Wortlaut einen nicht ausgedrückten Parteiwillen durchzusetzen. Die Änderung einer klaren und eindeutigen Vertragsklausel ist insoweit ein Angriff auf das Gebot der convention-loi des Art. 1134 I Cc.<sup>1</sup>

Diese objektivierenden Regeln der théorie des clauses claires et précises nähern die französisch-belgische Auslegungsmethode unklarer Vertragsvereinbarungen der im deutschen und schweizer. Recht vertretenen Erklärungs- oder Vertrauenstheorie an.

---

<sup>1</sup> Civ. 14.déc. 1942 = DC 1944, 112, note P.L.-P.;  
Civ. 23.avril 1945 = D 1945, 261, note P.L.-P.;  
Civ. 22.avril 1950 = D 1950, 613, note André Besson;

### III. Ergänzung von Verträgen bei *volonté incomplète des parties*

Verträge können nicht nur dunkle und zweideutige Vertragsklauseln enthalten, sondern auch lückenhaft sein, da eine Vervollständigung des Vertrages in allen Einzelheiten den praktischen Bedürfnissen des Geschäftslebens geopfert wird, bzw. alle künftigen Entwicklungen nicht vorhersehbar sind (primäre und sekundäre Lücken). Vor das Problem der Vertragsergänzung gestellt, erreicht die subjektive Methode der Erforschung des gemeinsamen Parteiwillens die logische Grenze ihrer Anwendbarkeit. Wo der Vertrag Lücken aufweist, ist die richterliche Aufklärung des wirklichen Parteiwillens unmöglich.<sup>1</sup> Daher verweist der Code civil mangels aufklärbarem Willen der Parteien auf dispositive Gesetzesregeln, die Verkehrssitte und das billige Ermessen (Art. 1135 Cc)<sup>2</sup>.

Insgesamt geschieht die Einführung dieser objektiven Kriterien zögernd und vorsichtig, höchstens im Range subsidiärer Regeln. Es fehlt eine Ausgestaltung besonders der *bonne foi contractuelle* und der *équité* zu handlichen Rechtsregeln. Die Suche

- 
- 1 Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 346, S. de Page, *droit civil belge* Bd. II Nr. 563, S. 549;  
2 Art. 1135 Cc: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" - Die Verträge verpflichten nicht nur zu dem, was in ihnen ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch zu allen Folgen, die Billigkeit, Verkehrssitte oder Gesetz aus der Verbindlichkeit, ihrem Wesen entsprechend, entstehen lassen. Marty-Raynaud, *droit civil*, Bd. II 1. vol. Nr. 219, S. 200; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 347, S. 269; Ripert-Boulanger, *droit civil* Bd. II Nr. 458, S. 178; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 373, S. 367;

nach billigen und sozialgerechten Grundsätzen ist mühsam, weil sie sich in den Entscheidungen der Rechtsprechung nur unausgesprochen hinter der *volonté tacite des parties* verbergen.

Der Rückgriff auf das Gesetz erscheint als eine Maßnahme zur Ermittlung des gemeinsamen Parteiwillens. Man unterstellt, daß die Parteien mangels anderweitiger Vereinbarung sich auf die dispositiven Gesetzesregeln beziehen wollen. Diese Regeln sind vom Gesetzgeber erlassen, um den Vertragsschluß zu erleichtern, indem sie ihn ergänzen. Anders als im deutschen und schweizer. Recht greifen daher mangels einer von Treu und Glauben geprägten, objektiven Ergänzungsmethode die ergänzenden Gesetzesregeln sofort ein um Vertragslücken zu füllen.<sup>1</sup>

Ähnlich wie das dispositive Gesetzesrecht wird die Verkehrssitte als eine ergänzende Regel aufgefaßt, auf welche sich die Parteien stillschweigend bezogen haben, falls kein anderer Wille feststellbar ist. Die Rechtsprechung beruft sich häufig auf die mangels anders lautender Parteivereinbarung eingreifenden *usages*, weil neben Art. 1135 und 1160 Cc noch spezielle Bestimmungen darauf verweisen, z.B. Art. 645, 1648, 1736 Cc für Dienstbarkeiten, Kauf und Miete. Auch in der französischen Rechtsordnung ist die Verkehrs-

---

<sup>1</sup> dispositive Gesetzesregeln = *lois non-impératives* = *lois interprétatives* = *lois supplétives*.  
Civ. b. 27.mai 1960 = Pas b 1960 I, 1104; Civ. 11. avril 1918 = D 1921, 1, 224; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. I Nr. 98, S. 162; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 112, S. 87; Nr. 348, S. 269,270; de Page, *droit civil belge* Bd. II Nr. 462, S. 437,438; Ripert-Boulanger, *droit civil* Bd. II Nr. 93, S.40; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 373, S. 366; Gounot, *le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Diss.Dijon 1912 S.174 u. 181;

sitte ausgeprägt und bedeutsam als Handelsbrauch bei den Verträgen von Geschäftsleuten.<sup>1</sup>

In der Rechtsprechung findet sich keine Entscheidung, welche unter Berufung auf die *bonne foi contractuelle* den Parteiwillen interpretiert hat. Zwar werden verschiedene Entscheidungen nach Meinung eines Teils der Lehre mittels dieses Begriffs besser verständlich, aber die Gerichte vermeiden eine ausdrückliche Erwähnung.<sup>2</sup> Heute wird die *bonne foi contractuelle* nicht mehr mittels einer stillschweigend angenommenen *intention commune* in den Vertrag einbezogen, sondern als selbständiger Begriff betrachtet.<sup>3</sup> Jedoch erscheint die darin enthaltene Verweisung auf ein redliches Verhalten in der Zielsetzung und in ihrem Umfang als zu unbestimmt, um daraus technische Auslegungsregeln herleiten zu können.<sup>4</sup>

- 
- 1 Brux 27.mai 1961 = Pas b 1962 II; 239; Trib.Civ. Seine 15. déc. 1942 = GazPal 1943 I, 110; Paris 6. déc. 1933 = S. 1934 2, 47; Req. 29.oct. 1930 = DH 1930, 554; Req. 20.fevr. 1929 = S 1929, 1, 151; Req. 22. déc. 1924 = S 1927, 1, 343; Pothier, traité des obligations Bd. I, 1821 Nr. 95, S. 88, 89; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 349, S. 270; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 469, S. 460; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 400 S. 397; Fuzier-Herman-Demogue, Code civil annoté Bd. III Art. 1135 Nr. 3 u. 9, S. 190, 191; Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Diss. Dijon 1912 S. 174 u. 193;
  - 2 Bordeaux 4.nov. 1908 = D 1910, 5, 19; Req. 19.janv. 1925 = DH 1925, 77;
  - 3 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 45, 46 S. 70-73, bes. Nr. 54, S. 92, Nr. 57, S. 100; Car-bonnier, droit civil Bd. II Nr. 149 I A, S. 493; Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Diss. Dijon 1912 S. 196, 197;
  - 4 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 55, S. 92, 93; Nr. 57, S. 100; Nr. 58, S. 104;

Ebenso zurückhaltend bei der Vertragsauslegung ist die Rechtsprechung mit der Anwendung des billigen Ermessens (équité). Da der Grundsatz der Willensautonomie streng zu achten ist, erweckt jede Berufung auf die équité den Verdacht, der Vertrag sei unzulässigerweise nach objektiven Billigkeitserwägungen abgeändert statt gemäß dem Parteiwillen ausgelegt worden. Der Richter erforscht zunächst die intention commune der Parteien. Bei Vertragslücken versucht er darauf, mittels des dispositiven Gesetzesrechtes und der Verkehrssitte zu ergänzen. Erst wenn diese Überlegungen nicht weiterführen, darf der Richter auf das billige Ermessen zurückgreifen.<sup>1</sup> Bei einer oberflächlichen Durchsicht der Rechtsprechung ist man geneigt zu glauben, daß die Gerichte sich strikt an die klassische Rangfolge der Ergänzungsregeln halten und nur ausnahmsweise zur équité Zuflucht nehmen. Bei aufmerksamem Studium stellt sich heraus, daß das billige Ermessen unter stilistischen Vorsichtsmaßregeln in großem Umfang unausgesprochen den Richter leitet. Damit bestimmen ähnlich der deutsch-scheizer Auslegungslehre verobjektivierende Überlegungen die Ausfüllung von Vertragslücken.<sup>2</sup>

Aus Billigkeitsüberlegungen erklärt sich die Berichtigung von Sukzessivlieferungsverträgen, sobald sich die vorgesehene Realisierung als unwirksam, unmöglich oder unbillig erweist, obwohl die Gerichte den Vertrag mittels Auslegung umwandeln.<sup>3</sup>

---

1 Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 350, S. 270;

Gounot, le principe de l'autonomie volonté en droit privé, Diss. Dijon 1912 S. 175, 195, 196;

2 de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 563 S. 549;

Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 351; S. 271;

3 Auslegungsprobleme im Rahmen der théorie de l'imprévision vgl. nachfolgende Ausführungen S. 170/171; Civ. 6. juin 1952 = D 1953 Somm. 44; Civ. 27. nov. 1950 = GazPal 1951 I, 132; Req. 6. févr. 1945 = GazPal 1945, I, 116; Lyon 21. juillet 1943 = GazPal 1943 II, 119; Rieg, rôle ... Nr. 404, S. 401;

Für eine Vielzahl von Verträgen werden zur Erweiterung der vertraglichen Haftung stillschweigend übernommene Sicherheitspflichten ermittelt, obwohl sie sich eigentlich aus den Vertragsvereinbarungen nicht herleiten lassen.<sup>1</sup>

#### IV. Französisch-belgische Auslegungsregeln

Im deutschen und schweizer. Recht beherrschen Treu und Glauben die Vertragsauslegung. Aus dieser allgemeinen Richtlinie haben sich konkrete Regeln abgeleitet. Im französisch-belgischen Recht hat der Gesetzgeber statt einer unbestimmten Generalklausel in Art. 1135, 1156 bis 1164 Cc Auslegungsregeln formuliert, die schon im ancien droit galten.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung betrachtet diese Regeln nicht als einengende, bindende Anordnungen, sondern als unverbindliche Ratschläge (*simples conseils facultatifs*), um dem Richter eine umfassende Macht zur Ermittlung der *intention commune des parties* einzuräumen. Ihre

---

1 Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 406, S. 403 - 405; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 216, S. 198; Nr. 222, S. 204; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 835, S. 465; Constantinesco, *inexécution et faute contractuelle en droit comparé* Nr. 79, S. 151; Paris 12. déc. 1958 = D 1959, 167; Civ. 7. juillet 1954 = D 1955, 589; Civ. 20. avril 1942 = DA 1942, 127; Paris 25. juin 1935 = D 1936, 2, 14; Lyon 17. déc. 1928 = D. 1929, 2, 17; et note Jossierand.

2 Pothier, *traité des obligations* Bd. I Nr. 91 ff. S. 36 ff; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 366, S. 359; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 340, S. 266; Ripert-Esmein, *droit civil* Bd. VI Nr. 373, S. 482;

etwaige Verletzung berechtigt nicht zur Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen.<sup>1</sup>

Die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens leitet als oberstes Gebot die Vertragsauslegung. Art. 1156 Cc bestätigt die Vorherrschaft der *volonté réelle* über die *volonté déclarée*,<sup>2</sup> wenn auch in der Lehre neben der subjektiven die objektive Auslegungsmethode vertreten wird.<sup>3</sup> Das Interpretationsrecht steht dem Richter erst zu, wenn er undeutliche oder mehrdeutige Vertragsklauseln vorfindet. Unklarheiten im Vertragstext befreien nicht von der Aufgabe, mit allen Mitteln den wirklichen Willen der Parteien aufzuklären.<sup>4</sup>

Das nächstliegende Hilfsmittel ist der Rückgriff auf das Vertragsganze, die Deutung aus dem Gesamtzusammenhang.<sup>5</sup> Der Vertragstext bildet eine Einheit, deswegen sind die einzelnen Formulierungen zur

- 
- 1 Civ.Sect.Soc. 14. Mai 1958 = DH 1958, 484; Civ. 10. mai 1948 = GazPal 1948 II 41; Req. 16. fevr. 1892 = S 1893, 1, 409; Req. 24. fevr. 1868 = DP 1868, 1, 308; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 392 S. 387; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 340, S. 266; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 459, S. 178; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 812, S. 454; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 25, S. 39; Bd. II Nr. 565, S. 551;
  - 2 Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 91, S. 86; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219 S. 200, de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 562 S. 547, 548; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 342, 343, S. 266, 267; Ripert-Boulanger, droit civil, Bd. II Nr. 455, S. 177;
  - 3 Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 812, S. 453; Paul Pic in DP 1934, 2, 129 zu Paris 29. juin 1932;
  - 4 Civ.b 1. avril 1960 = Pas b 1960, 1, 897; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 345, S. 268, 269;
  - 5 l'ensemble du contrat; art. 1363 CcIt.

gegenseitigen Erläuterung heranzuziehen (Art. 1161 Cc) Der Richter hat aus den eindeutigen Klauseln den Sinn der undeutlichen Abreden zu ermitteln. Es ist unter- sagt, mit dem Vorwand der Mehrdeutigkeit die Anwen- dung eindeutiger, klarer Vertragsklauseln auszuschal- ten. Bei eindeutigen, aber sich widersprechenden Vertragsklauseln muß der Richter aus dem Vertrags- ganzen ermitteln, welche Abrede den Vorrang haben soll, weil sie dem gemeinsamen Parteiwillen ent- spricht. Die Natur des Vertrages kann zur Klärung beitragen, ebenso das Studium der Beweggründe, wel- che die Parteien geleitet haben.<sup>1</sup>

Deshalb schaltet eine von den Parteien eigens gewählte Formulierung eine übliche Klausel (clause de style) aus.<sup>2</sup>

Auf weitere, dem Vertragstext innewohnende Hilfsmittel verweisen die Art. 1163 und 1164 Cc. So allgemein auch die in einem Vertrag verwandten Ausdrücke sein mögen, sie beziehen sich doch nur

---

<sup>1</sup> Civ.b 9. nov. 1962 = Pas b 1963, 1, 316; Civ.b 5. fevr. 1960 = Pas b 1960, 1, 638; Paris 9. nov. 1955 = GazPal 1956, I, 153; Req. 6. fevr. 1945 = GazPal 1945 I, 116, 117; Req. 15. avril 1926 = S 1926, 1, 151; Marty-Raynaud, droit ci- vil Bd. II 1. Vol. Nr. 219, S. 200 u. 201; Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 96, S. 83; Nr. 102 S. 93; Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juri- dique Nr. 392, S. 387; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 345, S. 268; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 373, S. 482; Art. 1161 Cc: " toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnent à chacune le sens qui résulte de l'acte entier".

<sup>2</sup> Civ. 23. juin 1952 = S 1953, 1, 86; Civ. 26. avril 1932 = DH 1932, 315; Civ. 21. nov. 1932 = DH 1933, 19, 20; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219 S. 201; de Page, droit civil belge Bd. II, Nr. 571 S. 558; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 149 I A, S. 493, 494; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 373 bis S. 483;

auf die Dinge, über welche die Parteien ersichtlich haben übereinkommen wollen (Art. 1163 Cc).<sup>1</sup> Wird in einem Vertrag zur Erläuterung der Verbindlichkeit ein Fall beispielhaft erwähnt, so ist daraus kein Wille zu entnehmen, die Ausdehnung einer Verpflichtung einzuschränken, die von Rechts wegen auch für die anderen, nicht angeführten Fälle besteht (Art. 1164 Cc)<sup>2</sup>.

Kann der Vertragstext nicht den Willen der Parteien aufklären, befragt der Richter die sonstigen ausdeutbaren Umstände. Rückschlüsse auf den gemeinsamen Parteiwillen ergeben sich aus dem Verhalten der Parteien während der Vertragsverhandlungen, manchmal auch aus dem Verhalten nach Vertragsschluß bei der Vornahme einzelner Erfüllungshandlungen.<sup>3</sup> Nützliche Hinweise können sich aus den persönlichen Eigenschaften der Parteien ergeben, besonders aus dem ausgeübten Beruf und dem Bildungsgrad.<sup>4</sup>

Die Vertragsmaterie beeinflusst die Auslegung dahin, daß zweideutige Vertragsbestimmungen möglichst in deren Sinn auszulegen sind. (Art. 1158)<sup>5</sup> Ein gesetzlich geregeltes Beispiel enthält Art. 1246 Cc, wonach bei Gattungsschulden eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern ist.

1 Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 98 S.90; Art. 1364 Ccit;

2 Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 99 S. 91; Art. 1365 Ccit.

3 Vgl. Art. 1362 II Ccit; Civ. b 15. oct. 1959 = Pas b 1960 I, 195;

4 Rieg, rôle de la volonté dans l'acte juridique Nr. 392, S. 387; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr.345 S. 269; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 373 S. 482; und Belege Fußnote 1 vorige Seite.

5 Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 93 S.87; Art. 1369 Ccit; art. 1158 Cc: "Les termes susceptibles de deux sens, doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat";

Andere Regeln bewirken eine objektive, vom Parteiwillen unabhängige Auslegung.

Unklare und mehrdeutige Vertragsformulierungen sind so auszulegen, daß der Vertrag erhalten bleibt (Art. 1157 Cc).<sup>1</sup> Darin liegt eine Wiederaufnahme der alten Regel: "potius ut valeat quam ut pereat" aus der Einsicht heraus, daß der Vertrag auch eine utilité sociale ist, die es verdient, soweit wie möglich erhalten zu bleiben.

Keine eigentliche Regel für die Suche nach dem Parteiwillen stellt Art. 1162 Cc dar, wonach Unklarheiten eines Textes zu Lasten des Verfassers gehen. Nur die besonderen Umstände des Vertrages können ausnahmsweise eine gegenteilige Interpretation zulassen.<sup>2</sup> Art. 1602 Cc geht noch weiter, wenn er für den Kaufvertrag regelt, daß alle Unklarheiten des Vertrages zu Lasten des Verkäufers gehen.<sup>3</sup>

- 
- 1 Art. 1367 Cc; Paris 4. déc. 1956 = D 1957 Somm 45; Lyon 8. nov. 1954 = D 1955 Somm 59; Req. 6. fevr. 1945 = GazPal 1945, I, 116; Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 92 S. 86, 87; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219, S. 200; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 149 S. 494; Ripert-Esmain, droit civil Bd. VI Nr. 373, S. 482;
- 2 Civ 10. mai 1948 = GazPal 1948 II, 41; Paris 5. mai 1896 = D 1896, 2, 414; Douai 2. nov. 1898 = D 1900, 2, 47; Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 97 S. 89, 90; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219, S. 201; Carbonnier, droit civil Bd. II, Nr. 149, S. 494; Ripert-Esmain, droit civil Bd. VI Nr. 373, S. 482;
- 3 Civ. 11. avril 1918 = D 1921, 1, 224; Ripert-Esmain, droit civil Bd. VI Nr. 373, S. 483; Ripert-Hamel, droit civil Bd. X Nr. 18, S. 18; Nr. 402, S. 519; Nr. 425, S. 553;

Schließlich folgt bei mehrdeutigen Vertragsvereinbarungen die Auslegung der örtlichen Verkehrssitte. Es wird unterstellt, daß die Parteien sich stillschweigend darauf bezogen haben. Damit gewinnt eine weitere vom Parteiwillen unabhängige Regel Einfluß auf die Auslegung (Art. 1159 Cc).<sup>1</sup>

Auch die französische Rechtsordnung hat die Gefahren der einseitigen Vorformulierung des Standardvertrages durch den in der Regel wirtschaftlich stärkeren Teil erkannt und dagegen objektive Auslegungsregeln entwickelt. Während sonst die gesetzlichen Auslegungsregeln nur unverbindliche Ratschläge für den Richter enthalten, ist bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen Art. 1162 Cc verbindlich dahin abgewandelt, daß im Zweifelsfall gegen den Verfasser, nicht gegen den unterwerfenden Vertrags-  
teil auszulegen ist. Unklarheiten gehen immer zu seinen Lasten.<sup>2</sup> Bei Widersprüchen zwischen handschriftlichen und vorgedruckten Klauseln ist erstere vorzuziehen, da sie als ausdrückliche Parteivereinbarung anzuerkennen ist.<sup>3</sup>

---

1 Art. 1159 Cc: " Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé". Art. 1368 Cc; Pothier, traité des obligations Bd. I Nr. 94, S. 88; Req. 4.déc.1934 = DH 1935, 117, 118; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219, S. 200; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 814, S. 455; vergl. im übrigen Nachweise auf S.

2 Douai 2.nov. 1898 = D 1900, 2, 47; Lyon 22.déc. 1901 = D 1903, 2, 306; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 219, S. 201; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 151, S. 500; Ripert-Esmain, droit civil Bd. VI Nr. 483, S. 373; Soury, Essai sur les principes directeurs du droit civil français des obligations. Diss. Bordeaux 1939 S. 169;

3 vgl. Art. 1342 u. 1370 Cc; Civ. 23. juin 1952 = S 1953, 1, 86; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 151, S. 500;

### C) Vergleich

Theoretisch stehen für die Vertragsauslegung zwei Möglichkeiten zur Wahl: die objektive und die subjektive Methode. Ausgegangen sind die verglichenen Rechtsordnungen je vom entgegengesetzten Punkt.<sup>1</sup>

Die deutsche und schweizer. Auslegungslehre, von den Erfordernissen des Verkehrs geleitet, hat unter der Herrschaft von Treu und Glauben eine weitgehend objektive Methode gewählt. Gemäß dem Vertrauensprinzip sucht sie nach dem objektiven Sinn der vertraglichen Willenseinigung und legt daher den äußeren Erklärungstatbestand so aus, wie ihn ein unabhängiger Dritter in guten Treuen verstehen durfte und mußte. (§§ 157, 242 BGB, Art. 2 I ZGB). Trotz der vorherrschenden objektiven Betrachtungsweise bleiben subjektive Umstände, d.h. der wirkliche Parteiwille, nicht unbeachtet (§ 133 BGB, Art. 18 OR).

In der vom Code civil bestimmten Auslegungslehre fehlt die Herrschaft einer objektivierenden Treu- und Glaubensklausel, ob man diese Regel nun *bonne foi contractuelle*, *équité*, *règle morale* oder *principe de loyauté et de confiance* nennen möchte. Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die in Art. 1134 I Cc betonte *autonomie de la volonté*. Daher hat alle Vertragsauslegung die *volonté réelle*

---

<sup>1</sup>Erklärungs- oder Willenstheorie; *prédominance de la volonté déclarée ou de la volonté interne, réelle*; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 812, S. 453; Rieg, *rôle de la volonté dans l'acte juridique* Nr. 365, S. 357; Nr. 374, S. 367; Nr. 408, S. 407; Constantinesco, *inexécution et faute contractuelle en droit comparé* Nr. 81, 82, S. 161-164; de Page, *droit civil belge* Bd. I Nr. 23 und 23 bis, S. 37; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 357, S. 274, 275; Pic in DP 1934, 2, 129;

zu erforschen (Art. 1156 Cc = commune intention des parties). Die subjektive Methode wird ausgedehnt bis zur ungerechtfertigten Unterstellung einer *volonté tacite*. Seit Anfang des 20. Jahrhunderts machen sich vorsichtige Objektivierungsbestrebungen bemerkbar. Sie verbergen sich hinter den Begriffen *bonne foi contractuelle*, *équité*, *règle morale*, *utilité sociale*, *besoin du crédit* und sind unausgesprochen hinter zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen zu erkennen, die sich in herkömmlicher Weise auf eine *volonté tacite* stützen. Im übrigen hat die *théorie des clauses claires et précises* eine Annäherung von der Willens- hin zur Erklärungstheorie eingeleitet. Die speziellen Auslegungsregeln gar unterscheiden sich nicht von den deutsch-schweizerischen.

So besteht trotz des gegensätzlichen Ausgangspunktes im praktischen Ergebnis eine weitgehende Übereinstimmung der verglichenen Rechtsordnungen. Dabei besteht für die deutsch-schweizerische Auslegungslehre die Gefahr, unter der Herrschaft des Treu- und Glaubensgebotes verschwommene Maßstäbe anzuwenden und Ergebnisse zu finden, die nur noch von Billigkeitserwägungen getragen werden. Eine Auslegung nach Billigkeitsüberlegungen gefährdet den Grundsatz der Privatautonomie.

Die französisch-belgische Auslegungslehre hat mit dem Gebot, die *commune intention des parties* zu erforschen, einen anderen, aber ebenso unsicheren Maßstab zur Vertragsauslegung. Aus der starken Betonung der *autonomie de la volonté* erwächst die Neigung, die objektiven Verkehrserfordernisse zu vernachlässigen oder aber zu ihrer Beachtung eine nach den gesamten Umständen des Vertrages ungerechtfertigte, billige *intention commune* zu unterstellen.

### § 3 Einfluß von Treu und Glauben auf Umfang und Art der vertraglichen Hauptleistung

#### A) Deutschland und Schweiz

##### I. Allgemeines

Um eine redliche und gerechte Erbringung der Hauptleistung sicherzustellen, besser als dies durch unvollständige vertragliche Vereinbarungen und spezielle gesetzliche Regelungen möglich ist, hat der deutsche und schweizer. Gesetzgeber in § 242 BGB und Art. 2 I ZGB bei der Erbringung der vertraglichen Hauptleistung die Beachtung des Treu- und Glaubensgebotes aufgegeben.<sup>1</sup> Der Wortlaut des § 242 BGB richtet sich nur an den Schuldner, sein Gebot trifft aber auch den Gläubiger.<sup>2</sup> Art. 2 I ZGB gilt für das gesamte schweizer. Privatrecht, demnach auch für die Vertragsabwicklung.<sup>3</sup>

Das Gebot, Verträge gemäß den Anforderungen von Treu und Glauben abzuwickeln, wird in beiden Rechtsordnungen als Forderung nach wechselseitiger Rücksichtnahme verstanden.<sup>4</sup> Ihm kommt nur eine Hilfsfunktion zu, da das Vertragsrecht vom Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit bestimmt wird. Treu und Glauben greifen ordnend in die Er-

1 Fikentscher, Schuldrecht, § 26 VII, 4 a, S. 99; § 27 I, S. 101; Esser, Schuldrecht, § 33, 1, S. 108; Enn.-Lehmann § 4 II, S. 18; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 19, S. 230; Nr. 65, S. 244;

2 Larenz, Schuldrecht I § 10 II, S. 109, 110; Fikentscher, Schuldrecht § 26 VII, 1, S. 98;

3 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 17, S. 229; Nr. 63, S. 244;

4 Soergel-Siebert § 242 Anm. 1, Larenz, Schuldrecht I § 10 II, S. 109, 110; Merz in Berner Ko., I, 1, Art. 2 ZGB Nr. 17, S. 230; und Nr. 20, S.

bringung der vertraglichen Hauptleistung erst nach zwingendem Gesetz, Vertragsvereinbarung und dispositivem Recht ein.<sup>1</sup> Ihre möglichen Auswirkungen auf Umfang und Art der vertraglichen Hauptleistung sind im folgenden darzustellen.

## II. Einfluß von Treu und Glauben auf den Umfang der Hauptleistung

Ist der Umfang der vertraglichen Hauptleistung weder aus den Parteivereinbarungen mittels Auslegung und Ergänzung noch aus gesetzlichen Vorschriften<sup>2</sup> zu ermitteln, werden Treu und Glauben zu seiner Bestimmung herangezogen.<sup>3</sup>

Bei der unverschuldeten Teilunmöglichkeit einer beschränkten Gattungsschuld begründet das aus Treu und Glauben entwickelte Gleichbehandlungsgebot ein Kürzungsrecht des Lieferanten.<sup>4</sup> Wenn der Schuldner mehreren Gläubigern aus einem begrenzten Vorrat (z.B. aus der diesjährigen Ernte) bestimmte Mengen schuldet und der Vorrat später durch unvorhergesehene

1 Fikentscher, Schuldrecht § 26 VII, 1 u. 4a, S.98,99; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 34 S. 236; Nr. 49, S. 239;

2 Dispositive Gesetzesregeln: §§ 612 II, 632 II, 653 II, 453 BGB; Art. 184 III, 212, 414 OR; Regeln zur Wahlschuld: §§ 262 ff BGB; 360 HGB; Art. 72 OR; Bestimmung der Leistung durch eine Partei oder Dritte: §§ 315-319 BGB; Gattungsschuld: § 243 BGB, § 316 HGB, Art. 71 OR;

3 Staud.-Weber § 242 Anm. A 508; Larenz Schuldrecht I § 10 II a, S. 110, § 12, S. 133; Enn.-Lehmann § 4 II S. 18;

4 Staud.-Weber § 242 Anm. A 361, C 265; Enn.-Lehmann § 1 V, 3, S. 8; BGB RGRK-Nastelski § 243 Anm. 11; Esser, Schuldrecht § 181, 4, S. 748; Wüst, Die Interessengemeinschaft als Ordnungsprinzip des Privatrechts, S. 102; Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung, S. 76, 77, 109, 138, bes. 171.

Ereignisse (z.B. Brand, schlechte Ernte) nicht zur vollen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, erfolgt nach Treu und Glauben eine anteilmäßig geminderte Befriedigung und damit eine Kürzung aller Gläubigeransprüche. Dabei ist unter Umständen dem Schuldner die Zurückbehaltung eines entsprechenden Anteils zur Deckung seines Eigenbedarfs zuzubilligen, wenn er z.B. eine bestimmte Menge Saatgut zur Wiedersaat im eigenen Betrieb benötigt.<sup>1</sup> Im übrigen tauchen im Geschäftsverkehr häufig ähnliche Sachverhalte als Auslegungsproblem auf, falls nämlich eine wörtlich unbeschränkt gefaßte Gattungsschuld in Wahrheit als beschränkte vereinbart ist.<sup>2</sup>

Bei fortlaufender Lieferungsspflicht ist der Verkäufer nach Treu und Glauben nicht berechtigt, kurz vor Ablauf der Lieferzeit und dazu kurz vor Winterende in Nachholung des bisher Versäumten eine unverhältnismäßig große Menge zu liefern, für welche der Käufer nach Winterende keine Verwendung mehr hat.<sup>3</sup>

Beim Unternehmensverkauf kann sich aus Treu und Glauben für den Veräußerer ein Wettbewerbsverbot ergeben, falls nicht schon aus den Umständen des Einzelfalles mittels Auslegung auf die stillschweigende Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes zu

---

<sup>1</sup> RGZ 84, 125, 129, 130; 91, 312; 95, 264, 268; Larenz, Schuldrecht I § 10 II a, S. 110; § 12, S. 133, 134; Wolf in JuS 1962, S. 103, 104; Staudinger-Weber § 242 Anm. C 265; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 243 Anm. 5; BGB RGRK-Nastelski § 243 Anm. 7; Esser, Schuldrecht § 181, 4, S. 748;

<sup>2</sup> BGE 88 II, 504 E 4 a; Esser, Schuldrecht § 41, 4, S. 144; Erman-Erman § 243 Anm. 3; v. Büren Schweizer OR, Allg. Teil, S. 25; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 71 Nr. 2 S. 373;

<sup>3</sup> RGZ 96, 127, 129

schließen ist.<sup>1</sup> Im übrigen enthält unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Übergabe- und Verschaffungspflicht für den Veräußerer das Gebot, Konkurrenzbetriebe zumindest in unmittelbarer Nähe des verkauften Unternehmens zu unterlassen und den übertragenen Kundenkreis nicht durch eigene Wettbewerbstätigkeit wieder an sich zu ziehen.<sup>2</sup> Der Erwerber, der regelmäßig für den "good will" einen wesentlichen Teil des Kaufpreises zahlt und das Geschäft in dem erworbenen Umfang weiterführen will, kann auch ohne ausdrückliches Wettbewerbsverbot vom Veräußerer redlicherweise erwarten, daß dieser nicht durch Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes in der Nähe oder durch fortgesetzte Betreuung alter Kunden den übertragenen Geschäftswert schmälert oder gar entzieht.<sup>3</sup> Der Umfang des Konkurrenzverbotes ermittelt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Im allgemeinen sind solche Konkurrenzhandlungen untersagt, die unmittelbar und wesentlich den übertragenen Geschäftswert beeinträchtigen.<sup>4</sup>

### III. Leistungszeit und Leistungsort

Für die Abwicklung des Vertrages ist wichtig, daß der Schuldner weiß, wann er leisten darf und muß, ebenso der Gläubiger, wann er fordern darf. Der deutsche und schweizer. Gesetzgeber regelt die Leistungszeit in § 271 I BGB, Art. 75 OR; Mangels besonderer

---

1 OLG Stuttgart in NJW 1949, 27; RGZ 163, 313; RGZ 117, 176 u. 180;

2 Staub-Bondi, Komm. zum HGB § 22 Anm. 33; Wenz, Die Geschäfts- und Praxisveräußerung S. 39; Würdinger in RGR Komm. zum HGB § 22 Anm. 17; Düringer-Hachenberg, Handelsgesetzbuch Anm. 13 zu § 25;

3 Benisch in WuW 1953, 225; Behling in Anm. zu OLG Stuttgart in NJW 1949, 27;

4 Soergel-Siebert-Ballerstedt, § 433 Anm. 73

Vereinbarung kann die Erfüllung "sofort", bzw. "sogleich" gefordert werden. Die Ermittlung des Zeitraumes, der damit umschrieben ist, erfolgt unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Diese können unter Umständen eine gewisse Zeitspanne bis zur Bewirkung der Leistung einräumen, weil auf die berechtigten Interessen von Gläubiger und Schuldner Rücksicht zu nehmen ist.<sup>1</sup>

Die gegenseitige Rücksichtnahme gebietet dem Schuldner die Leistung zur üblichen Geschäftszeit (§ 358 HGB, Art. 79 OR) und verbietet die Leistung zur Unzeit, auch wenn Tag und Stunde freigestellt sind. Der Gläubiger soll nicht unbillig beschwert werden, z.B. durch Leistung des Schuldners spät abends oder an einem Feiertag und Sonntag. Umgekehrt kann von seiten des Gläubigers eine Leistung nicht sofort gefordert werden, wenn dies zur Unzeit wäre.<sup>2</sup>

Leistungsabreden, die keinen genauen Zeitpunkt angeben, z.B. "nach Möglichkeit des Schuldners, nach seiner Bequemlichkeit, falls er in bessere Vermögensverhältnisse gerät" berechtigen den Richter, den Zeitpunkt nach Treu und Glauben festzulegen.<sup>3</sup>

- 1 Fikentscher, Schuldrecht § 34, 1, S. 128; Nastelski in JuS 1962, S. 289; BGB RGRK-Nastelski § 271 Anm. 6; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 271 Anm. 2; Oser in Züricher Ko. V, 1 Art. 75 OR Nr. 14;
- 2 OLG Braunschweig in DRZ 1947, 62; OLG Frankfurt in NJW 1947, 65; Nastelski in JuS 1962, 289; Larenz, Schuldrecht I § 10 II a S. 110; Fikentscher, Schuldrecht § 34, 1, S. 128; Staud.-Weber § 242 Anm. A 536 und 535; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 15, § 271 Anm. 4; Sieveking in MDR 1947, 142; Krekels in NJW 1948, 93; BlZürR Bd. 11 (1912) Nr. 167 E 3 S. 290; Becker in Berner Ko., Bd. VI, 1 Art. 18 Nr. 23, S. 78; Art. 79 OR Nr. 1, S. 392; Oser in Züricher Ko. Bd. V, 1 Art. 75 Nr. 15, 16, Art. 79 Nr. 2;
- 3 RG in Gruchot 52, 429; BGB RGRK-Nastelski § 271, Anm. 10; Staud.-Weber § 242 Anm. A 535; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 18 OR Nr. 23 S. 78; Art. 75 Nr. 2, S. 386; Egger in Züricher Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 17

Auch der Ort der Leistung kann sich, falls weder zwingende gesetzliche Regelungen noch ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarungen eingreifen, aus Treu und Glauben ergeben.<sup>1</sup>

#### IV. Ganze Leistung und Teilleistungen

Gleichlautend im deutschen und schweizer. Recht verbieten § 266 BGB und Art. 69 OR dem Schuldner, statt der ganzen geschuldeten Leistung Teilleistungen zu erbringen. Der Gläubiger soll nicht unnötig belästigt werden.<sup>2</sup> Das aus Treu und Glauben begründete Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme führt dazu, daß der Gläubiger Teilleistungen dann nicht ablehnen darf, wenn sie ihm bei verständiger Würdigung der Lage des Schuldners und seiner eigenen schutzwürdigen Interessen zumutbar sind. Andererseits darf der Schuldner ein Begehren des Gläubigers auf Teilleistung nur dann ablehnen, wenn darin eine Erschwerung liegt, oder wenn das Verhalten des Gläubigers schikanös erscheint.<sup>3</sup>

---

1 BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 15; Fikentscher, Schuldrecht § 35 S. 131;

2 RGZ 111, 401; 79, 361; Enn.-Lehmann § 21 S. 98; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 266 Anm. 2;

3 BGH in Versicherungsrecht 1954, 297; RG in Recht 1930 Nr. 1238; RG in SeuffArch 78 Nr. 177; 77 Nr. 22; Berner Handelsgericht in Schweizer Juristen-Zeitung 13, 248 Nr. 213; Staud.-Weber § 242 Anm. A 524; Staud.-Werner § 266 Anm. 5; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 266 Anm. 2; BGB RGRK-Nastelski § 266 Anm. 1; Larenz Schuldrecht I § 17 I S. 192; Becker in Berner Ko. VI, 1; Art. 69 OR Nr. 5; Oser in Züricher Ko. V, 1; Art. 69 OR Nr. 3 e;

## V. Unbeachtlichkeit von geringfügigen Unregelmäßigkeiten

Das Gebot des Handelns in guten Treuen, d.h. des anständigen und redlichen Verhaltens, führt sowohl im deutschen als auch im schweizer. Recht dazu, daß geringfügige Unregelmäßigkeiten bei der Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten unbeachtet bleiben. Der Vertrag ist sinngemäß abzuwickeln, nicht buchstabengenau. Die Regel *minima non curat praetor fin-* det im Gesetz Anklang in §§ 320 II, 459 I,2, 498 II,2, 542 II, 634 III BGB, Art. 197, 254 II, 255 I, 368 OR und gilt allgemein, wenn das Interesse des Gläubigers durch geringfügige Unregelmäßigkeiten nur unwesentlich beeinträchtigt wird, andererseits ein erhebliches und billigenswertes Schuldnerinteresse besteht, daß ihn in diesem Fall nicht die strengen gesetzlichen Folgen von Nicht-, Schlecht- oder Späterfüllung treffen.<sup>1</sup>

Daher wird dem Gläubiger nicht erlaubt, einen unbedeutenden Leistungsrückstand des Schuldners auszunutzen, um das Vertragsverhältnis in einer Weise zu beenden, die den Schuldner unverhältnismäßig hoch schädigt. Geringfügige Leistungsrückstände beeinträchtigen regelmäßig nicht den Wert der Leistung für den Gläubiger.<sup>2</sup>

Ähnlich unbeeinträchtigt bleiben die Gläubiger-

- 
- 1 BGH in VersR 1954, 297; Soergel-Siebert § 242 Anm. 153; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 17; Staud.-Weber § 242 Anm. 526; Merz in Berner Ko. I,1; Art. 2 ZGB Nr. 384, S. 329;
- 2 BGHZ 16, 50 u. 53; 12, 337, 345; BGH in BB 1957, 79; RGZ 152, 258; 150, 242; 86, 334; 82, 54, 56, 152; BlZR 48, (1949) Nr. 206; BlZR 42 (1943) Nr. 5; Staud.-Weber § 242 Anm. A 526; Soergel-Sieber-Reimer-Schmidt § 266 Anm. 2; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 17; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 385, S. 329; Oser in Zür.Ko. V,1 Art. 82 OR Nr. 8;

interessen, wenn bei geringfügigen Mängeln die erbrachte Leistung nur unwesentlich von der vertraglich ausbedungenen abweicht.<sup>1</sup>

Schließlich sind auch aus geringfügigen Fristüberschreitungen keine Rechte ableitbar, es sei denn, es liegt ein absolutes Fixgeschäft vor, bei welchem jede Art von Fristversäumnis entscheidend ist. In allen anderen Fällen kann der Gläubiger die nur unwesentlich verspätete Leistung ohne Nachteil verwerten, während der Schuldner ein billigenswertes Interesse hat, daß ihn die Folgen der Säumnis nicht treffen.<sup>2</sup>

#### VI. Einrede des nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages

In § 320 BGB, § 369 HGB und Art. 82 OR wird für den gegenseitigen Vertrag jedem Vertragsteil ein Zurückbehaltungsrecht an der eigenen Leistung eingeräumt. Derjenige, der bei einem gegenseitigen Vertrag Erfüllung verlangt, ohne selbst zu leisten, verletzt das Gebot, in guten Treuen seine Pflichten zu erfüllen.<sup>3</sup> Der leistungswillige Partner hat die Möglichkeit, durch Zurückbehalten seiner Leistung auf

- 
- 1 BGHZ 27, 215; BGH in Betrieb 1957, 88; RGZ 169, 141, 143; RG in JW 1933, 2275 und 2274; BGE 22, 852; BGE 21, 243 E 6; Staud.-Weber § 242 Anm. A 526; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 19; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 385 S. 329; Becker in Berner Ko. VI, 2 Art. 197 OR Nr. 6 S. 59; Oser in Zür. Ko. V, 2 Art. 197 OR Nr. 15 S. 834;
- 2 RGZ 117, 356; 92, 210; 76, 150, 152; Staud.-Weber § 242 Anm. A 527; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 18; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 384, S. 329; v. Büren, in Schweizer Obligationenrecht Allg. Teil, S. 446, 447;
- 3 Staud.-Weber § 242 Anm. A 623 - 625; Erman-Groepper § 320 Anm. 1; Enn.-Lehmann § 33 I S. 141; Esser, Schuldrecht § 79, 7 b S. 346; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 82 Nr. 2 S. 396.

den anderen einen Druck zur Vertragserfüllung auszuüben.<sup>1</sup> Jedoch wird das Sicherheitsbedürfnis nur soweit geschützt, wie Treu und Glauben ein Zurückbehalten der eigenen Leistung rechtfertigen. § 320 II BGB verweist für verhältnismäßig geringfügige Rückstände ausdrücklich auf Treu und Glauben, nach der gleichen Regel wird auch im schweizer. Recht Art. 82 OR unanwendbar. Im übrigen findet die Einrede des nicht oder nicht richtig erfüllten Vertrages (*exceptio non vel non rite adimpleti contractus*) keine Anwendung, soweit ihre Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt.<sup>2</sup>

## VII. Zurückbehaltungs- bzw. Retentionsrecht

In § 273 BGB und Art. 895 I ZGB ist das Zurückbehaltungs- bzw. Retentionsrecht geregelt. Ausgegangen ist der deutsche und schweizer. Gesetzgeber von der Überlegung, daß die eine Vertragspartei Treu und Glauben verletzt, wenn sie Erfüllung ihres vertraglichen Anspruches verlangt, ohne selbst eine andere Gegenforderung zu befriedigen. Dem Retentionsgläubiger wird durch das Zurückbehaltungsrecht die Möglichkeit gegeben, seinen Anspruch zu sichern und auf den Schuldner einen Druck auszuüben.<sup>3</sup>

- 1 BGB RGRK-Wilde § 320 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 320 Anm. 1;
- 2 BGE 44 II, 74 ff; 43 II 169; Becker in Berner Ko. V, 1 Art. 82 Nr. 8; BGB RGRK-Wilde § 320 Anm. 11; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 320 Anm. 11; Esser, Schuldrecht § 19, 3a S. 59;
- 3 BGH in NJW 1953, 861, 862; RGZ 163, 64; BGE 61 II, 264; ZBJV 40, 510; Staud.-Weber § 242 Anm. A 624; BGB RGRK-Nastelski § 273 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 1 u. 3c; Fikentscher, Schuldrecht § 48, 4 S. 227; Oettinger in Zür. Ko. IV, 2c Art. 895 ZGB Nr. 20; Leemann in Berner Ko. IV, 2 Art. 895 ZGB Nr. 1; Tuor Schweiz. ZGB § 110 Ia S. 639;

Anders als § 273 BGB erfaßt das schweizer. Retentionsrecht nicht beliebige Leistungen, sondern nur bewegliche Sachen und Wertpapiere. Es ist als gesetzliches Pfandrecht im Sinne eines beschränkten dinglichen Rechtes ausgestaltet.<sup>1</sup> Daraus folgt, daß der Gläubiger nicht nur den retinierten Gegenstand als Sicherungs- und Druckmittel bis zu seiner Befriedigung zurückgehalten, sondern gegebenenfalls auch verwerten darf, um sich aus dem Erlös zu befriedigen.<sup>2</sup>

Die Ausübung des Zurückbehaltungs- bzw. Retentionsrechts richtet sich nach den Geboten von Treu und Glauben.<sup>3</sup>

Daher wird zur Konnexität nicht ein einheitliches Rechtsverhältnis verlangt, vielmehr genügt ein natürlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, so daß Treu und Glauben verletzt werden, falls der eine Anspruch ohne Erfüllung des anderen verwirklicht werden kann.<sup>4</sup>

Treu und Glauben verbieten auch eine Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechtes über den Sicherungszweck

- 1 BGE 38 II 198, 199; 20 II, 928, 929; SJZ 34, S. 297 Nr. 225; SJZ 27, S. 120 Nr. 19; BlZB 21 Nr. 52, S. 131; Oftinger in Zür.Ko. IV, 2c Art. 895 ZGB Nr. 14, 15; Leemann in Berner Ko. IV, 2 Art. 895 Nr. 1; Tuor Schweizer ZGB § 110 Ib u.c S. 640;
- 2 Oftinger in Zür.Ko. Bd. IV, 2c Art. 895 ZGB Nr. 118; Tuor Schweiz. ZGB § 110 Ib S. 640, 641; vgl. Art. 898 I 891 I ZGB;
- 3 RGZ 152, 74; Staud.-Weber § 242 Anm. A 626; Erman-Erman §§ 273, 274 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 21; Esser Schuldrecht § 67, 3 S. 290;
- 4 RGZ 158, 15; 134, 146; 118, 300; 83, 286; 78, 336; 68, 34; BGE 71 II, 88; Staudinger-Werner § 273 Anm. 6 u. 7; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 8 u. 9. BGB RGRK-Nastelski § 273 Anm. 27; Erman-Erman §§ 273, 274 Anm. 6; Enn.-Lehmann § 25 I, 1a S. 111; Leemann in Berner Ko. IV, 2 Art. 895 ZGB Anm. 47; Oftinger in Zür. Ko. IV, 2c Art. 895 ZGB Nr. 83, 85;

hinaus. Der Gläubiger darf nur die zu seiner Sicherstellung erforderlichen Gegenstände behalten, das Mehr an Gegenständen ist an den Schuldner auf dessen Verlangen herauszugeben.<sup>1</sup>

Das Zurückbehaltungsrecht darf nicht zu einer dauernden Vereitelung des Gläubigerrechtes führen, wenn nämlich die Gegenleistung gar nicht erfüllbar ist. Sonst käme das Zurückbehaltungsrecht aus Sicherheitsgründen einer materiellen Auslöschung des Schuldverhältnisses gleich.<sup>2</sup>

Schließlich verstößt es gegen Treu und Glauben, wegen eines geringfügigen noch ungeklärten Anspruches gegenüber einem geschuldeten hochwertigen das Zurückbehaltungsrecht auszuüben.<sup>3</sup>

- 
- 1 RGZ 137, 354; 136, 26; 85, 137 ff; 61, 133; BGE 46 II, 388, 389; 21 II, 771, 772; BLZR 5 Nr. 145 S. 170; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 21; Erman-Erman §§ 273, 274 Anm. 8; BGB RGRK-Nastelski § 273 Anm. 15; Oftinger in Zür.Ko. IV, 2c Art. 895 ZGB Anm. 141; Leemann in Berner Ko. IV, 2 Art. 895 ZGB Anm. 4;
- 2 RGZ 152, 74; 85, 108, 112; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 21;
- 3 BGHZ 7, 123, 127; RGZ 61, 133; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt § 273 Anm. 21; Erman-Erman §§ 273, 274 Anm. 8; BGB RGRK-Nastelski § 273 Anm. 14, 15;

## B) Frankreich und Belgien

### I. Allgemeines

Nach der gesetzssystematischen Stellung entspricht dem § 242 BGB der Art. 1134 III Cc, welcher als erste Regel unter der Überschrift: "Von der Wirkung der Verbindlichkeiten" im Code civil zu finden ist. Ganz allgemein läßt sich feststellen, daß die Vertragserfüllung gemäß den Anforderungen der bonne foi contractuelle zu erfolgen hat, d.h. so wie es von redlichen und ehrenhaften Partnern zu erwarten ist (tous les contrats sont de bonne foi, chacun des contractants doit agir en honnête homme, l'honnêteté juge la conduite des parties).<sup>1</sup> Negativ abgegrenzt wird die bonne foi contractuelle als Gebot, sich jeder Arglist bei der Vertragserfüllung zu enthalten.<sup>2</sup> In dieser unbestimmten Beschreibung erscheint die bonne foi contractuelle als Gegengewicht zu der liberalen Vertragskonzeption, welche von der autonomie de la volonté (Art. 1134 I Cc) ausgeht, und zielt auf eine vom Parteiwillen unabhängige, interessengerichtete Vertragsabwicklung.<sup>3</sup>

- 1 Demogue, obligations Bd. VI Nr. 3 S.9; Nr. 6 S.12; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 379, quater S. 508; Vouin, la bonne foi contractuelle, Diss. Bordeaux 1939 Nr. 49 S. 77; Gorphe, le principe de la bonne foi, Diss. Paris 1928 S. 19; Fuzier-Herman-Demogue, Code civil annoté Bd. III Art. 1134 Nr.99 S. 174; Colin-Capitant-Morandière Bd. II Nr. 814 S. 454; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1.Vol. Nr. 222 S. 204; De Page, droit civil belge Bd. II Nr. 468 S. 458, 459; Betti, Cour de droit comparé, S. 79 ff; Bürgi, Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit, S. 109;
- 2 Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 463, S.180; Dalloz, nouveau répertoire Bd. I, Contrats et conventions, Nr. 77 S. 985;
- 3 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939 Nr.52, S.85; Lyon-Caen in Rev.trim.dr.civ. 1946, S. 82

Bei der Prüfung, ob die französisch-belgische Rechtsordnung die redliche Abwicklung der vertraglichen Hauptpflichten aus Art. 1134 III Cc begründet, ist Art. 1184 Cc zu beachten<sup>1</sup>, der in einem gegenseitigen Vertrag dem Gläubiger das Recht gibt, neben der Zwangsvollstreckung (exécution forcée) vor Gericht Vertragsauflösung und Schadensersatz zu verlangen. Erforderlich ist, im Code civil ganz allgemein gehalten, eine schuldhafte Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht (inexécution fautive). Statt der vollständigen Nichterfüllung kann auch die nur teilweise oder fehlerhafte oder verspätete Erfüllung der Hauptpflicht genügen.<sup>2</sup> Ob eine schuldhafte Nichterfüllung vorliegt, entscheidet der Richter, dem ein unabhängiges Beurteilungsrecht zusteht (pouvoir souverain d'appréciation du juge), nach den gesamten Umständen des Einzelfalles. Für die Fragestellung dieses Abschnittes ist dabei festzuhalten, daß der Richter in Ausübung seines unabhängigen Beurteilungsermessens feststellen kann,

---

1 Art. 1184 I Cc: "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement = In gegenseitigen Verträgen ist stets die auflösende Bedingung als stillschweigend vereinbart für den Fall anzusehen, daß einer von beiden Teilen seiner Verpflichtung nicht nachkommen sollte."

Art. 1184 III Cc: "La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances = Auf die Auflösung muß bei Gericht geklagt werden, und es kann dem Beklagten, je nach den Umständen, eine Frist bewilligt werden."

2 Paris 1. déc. 1956 = D 1957 Somm 62; Civ. 12.mars 1956 = D 1956, 302; Req. 21.déc.1927 = DH 1928,82; Civ. 11. avril 1918 = DP 1921, 1, 224; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II.1.Vol. Nr. 300, S. 265; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr. 1023 S. 570; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr.1091, S. 892; Ripert-Esmain, droit civil Bd. VI Nr.430, S.580; de Page, droit civil belge Bd. II Nr.889, S. 847;

daß der Schuldner trotz gewisser Unzulänglichkeiten seine Vertragspflicht redlicherweise erfüllt hat, und daß dem Gläubiger deswegen ein Vertragsauflösungsrecht nach Art. 1184 Cc versagt wird.<sup>1</sup> Selbst bei Anerkennung einer schuldhaften Nichterfüllung kann der Richter statt der Vertragsauflösung dem Schuldner eine Nachfrist setzen (Art. 1184 III Cc: *délai de grâce*), wenn eine nur zeitweise Hinderung vorliegt und der Schuldner den Aufschub verdient.<sup>2</sup>

Da Art. 1184 Cc dem Richter für die Vertragserfüllung einen unabhängigen und weitreichenden Beurteilungsspielraum einräumt, braucht die französisch-belgische Rechtsordnung nicht auf die *bonne foi contractuelle* des Art. 1134 III Cc zurückzugreifen, um eine redliche Vertragsabwicklung zu erreichen. Im übrigen liegt es dem französisch-belgischen Rechtsdenken näher, die redliche Vertragserfüllung mittels Auslegung der *intention commune des parties* sicherzustellen. Es ist zu untersuchen, wie weit bei unterschiedlichem Ausgangspunkt die praktische Abwicklung der vertraglichen Hauptleistung im französischen und belgischen Recht mit dem deutsch-schweizerischen Weg übereinstimmt.

---

1 Civ.b 9.juin 1961 = Pas b 1961 I, 1004; Civ.30.nov. 1949=Gaz Pal 1950 I,38; Civ.Civ.27.nov.1950=Gaz Pal 1951 I,132; Req.24.janv.1939=Gaz Pal 1939 I,586; Req. 26.oct.1925=DH 1925,627; Req.9.mars 1925=DH 1925,266; Civ.4.mai 1920=DP 1926,1,37; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol.Nr.300, S.265; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd.II Nr.1027, S.572,573; Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II Nr.1098 S.892; Ripert-Esmein, *droit civil* Bd.VI Nr.430, S.580; de Page, *droit civil belge* Bd.II Nr.889, S.847;

2 Civ.8.janv.1929=Rev.Trim.dr.civ.1930 S.123; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol.Nr.301, S.266,267; de Page *droit civil belge* Bd.II, Nr.889, S.848; Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II, Nr.1094, S.890; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd.II Nr.1027, S.573

## II. Umfang der Hauptleistung

Die Ermittlung des genauen Umfangs vertraglich vereinbarter Leistungen bleibt auch im französischen und belgischen Recht oft dem Richter überlassen, da weder Vertrag noch Gesetz<sup>1</sup> die Erfüllung der Vielzahl von möglichen Pflichten vollständig regeln.

Vertraglich zulässige Preiserhöhungen haben sich im Rahmen der gesamtwirtschaftlichen Umstände zu halten.<sup>2</sup>

Erlaubt einem Rumimporteure eine Vertragsklausel für einen bestimmten Verkaufsposten 10 % Abweichung nach oben und unten in der zu liefernden Menge, um dadurch das Frachtrisiko ausgleichen zu können, so darf diese Klausel nicht zu einer Erhöhung oder Minderung der ausgelieferten Rummengabe gebraucht werden, je nachdem ob die Preise fallen oder steigen.<sup>3</sup> Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung hat der Installateur elektrische Leitungen selbstverständlich auf dem kürzesten Wege zu legen.<sup>4</sup> Eine andere als die im Vertragstext vorgesehene Erfüllung ist ordnungsgemäß, wenn sie vollständig dem Vertragsziel genügt. Dem Richter steht ein unabhängiges Beurteilungsrecht zu, ob erfüllt ist.<sup>5</sup>

Ein Kaufmann, welcher die Dienste eines Handelsvertreters in Anspruch genommen hat, schuldet eine Vergütung auch für solche Aufträge, die er von einer fremden Regierung erlangte, selbst wenn sie erst nach Ende des Aufenthalts des Vertreters in diesem Land abgeschlossen wurden und nur teilweise dank

---

1 Dispositive Regeln: Art. 1602 ff, 1651, 1184 Cc;  
Wahlschuld: Art. 1189-1196 Cc; Gattungsschuld:  
Art. 1246 Cc;

2 Civil 19.oct. 1931 = S 1932, 1, 102;

3 Req. 20. fevr. 1929 = S 1929, 1, 151, 152;

4 Req. 19. janv. 1925 = DH 1925, 77;

5 Req. 31. janv. 1887 = S 1887, 1, 420;

seiner Schritte zustande kamen.<sup>1</sup>

Die Rechtsprechung beruft sich in ihren Entscheidungen auf die Verkehrssitte und die Auslegung der commune intention des parties.<sup>2</sup> Sie versucht, im Rahmen des Art. 1134 I Cc zu bleiben, der die autonomie de la volonté zum obersten Vertragsgrundsatz macht.

Nach Meinung der Lehre ist hinter den gerichtlichen Urteilen unausgesprochen eine interessengerechte Wertung zu lesen, die sich von dem Gedanken der honnêteté, utilité sociale und den obligations morales leiten läßt und sachlich der Anwendung der deutsch-schweizerischen Treu- und Glaubensgrundsätze entspricht, selbst wenn zur konstruktiven Begründung mittels Vertragsauslegung eine intention commune vorgeschoben wird.<sup>3</sup>

Das französische und belgische Recht kennt nicht die Schwierigkeit, ein Wettbewerbsverbot mangels Vertragsvereinbarungen aus Treu und Glauben herleiten zu müssen. Bei der Veräußerung eines Geschäftsbetriebes trifft den Verkäufer im Rahmen der allgemeinen Garantiepflcht (obligation de garantie) eine weitreichende, ihn persönlich betreffende Pflicht (garantie de son fait personnel). Da der Unternehmenskauf wesentlich auch im Erwerb der zugehörigen Kundschaft besteht, hat der Verkäufer alle Handlungen zu unterlassen, durch welche der Erwerber die Kundschaft und damit die Möglichkeit der beabsichtigten

---

1 Req. 29. oct. 1930 = S 1931, 1, 14;

2 Vergl. besonders Req. 20. fevr. 1929 = S 1929, 1, 151;

Req. 19. janv. 1925 = DH 1925, 77;

3 Ripert-Boulanger, droit civil, Bd. II Nr. 363 S. 180; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 379 quater S. 508; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 6 S. 12;

Nutzung des Kaufobjektes verlieren kann.

Umfang und Dauer des Wettbewerbsverbotes bestimmt im Streitfall der Richter unter Beachtung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit (*liberté de commerce*) nach den Umständen des Einzelfalles: Zum Beispiel Niederlassungsverbot im selben Viertel, in derselben Stadt, in derselben Gegend. Um die Unsicherheit dieser allgemeinen Pflicht zu vermeiden, nehmen die Parteien häufig eine ausdrückliche Konkurrenzklausel (*clause de non-rétablissement*) auf, welche Gültigkeit hat, falls Umstände und Dauer des Verbotes näher bestimmt sind.<sup>1</sup>

### III. Leistungszeit und Leistungsort

Die Leistung einer Schuld<sup>2</sup> hat wie im deutschen und schweizer. Recht sofort zu erfolgen, falls keine Befristung vereinbart ist oder sich aus der Natur des Vertrages etwas anderes ergibt.<sup>3</sup> Der Richter beurteilt im Rahmen des ihm nach Art. 1184 Cc zustehenden unabhängigen Beurteilungsrechtes, ob die Lei-

1 Civ.sect.com.16. mars 1954 = D 1954, 474; Civ.sect. com. 9. janv. 1956 = D 1956 Somm.74 = GazPal 1956 I, 201; Trib.com.Narbonne 31. juillet 1950 = D 1950, 772; Lyon 18.déc. 1952 = D 1953, 241; Gand 21. janv. 1950 = Rev.crit.jur.belge 1950, 273 et note M. Gevers, S. 280 ff; Trib.com.Roanne 23.oct. 1946 = GazPal 1946 II, 259; Rouen 15.nov.1938 = DH 1939, 141; Angers 9. juillet 1935 = DH 1935, 513; Ripert-Durand-Roblot, droit commercial Bd. I Nr. 528-530, S. 275, 276; van Ryn, droit commercial belge Bd. I, Nr. 239 S. 169; Nr. 260 S. 181, 182; Dalloz, Répertoire de droit commercial et des sociétés Bd. II, fonds de commerce Nr. 287, S. 283; Roubier, le droit de la propriété industrielle, Nr. 105 Ia, S. 488, 489; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 1630, S. 539; Ripert-Esmein, droit civil Bd. X Nr. 312, S. 391-396;

2 und 3 siehe folgende Seite

stungszeit von den Vertragsparteien redlicherweise eingehalten ist oder nicht.<sup>1</sup>

Vom Gesetzgeber vorgesehen für die Bezahlung von Geldschulden (Art. 1244 II u. III Cc) und von der Rechtsprechung ausgedehnt auf alle schuldrechtlichen Verpflichtungen, besteht im französischen und belgischen Recht außerdem die Möglichkeit, daß der Richter vom Grundsatz der sofortigen Leistungspflicht abgeht und dem Schuldner eine Nachfrist einräumt (délai de grâce).<sup>2</sup> Die Entscheidung des Richters ergeht nach seinem unabhängigen Ermessen, nur die Dauer der Nachfrist bleibt gesetzlich auf ein Jahr begrenzt.<sup>3</sup> Diese weitgehende richterliche Befugnis ist 1936 zur Zeit der Wirtschaftskrise in den Code

2 (von der vorigen Seite) paiement im allg. Sprachsinn = Zahlung von Geld, im jurist.Sinn = Leistung aller Schulden; vgl. Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 552 S. 601;

3 (von der vorigen Seite) Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1444, S. 811; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 592, S. 634; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 906, S. 780; de Page, droit civil belge Bd. III Nr. 470, S. 452;

1 Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1023, S. 570; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1098, S. 892; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 430, S. 580; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 889, S. 847;

2 Ausgenommen sind nur: Art. 1944 Cc (dépositaire); Art. 1182 und 185 C com.; (débiteur d'une lettre de change et d'un billet à ordre; Colmar 17. janv. 1939 = LH 1939, 235; Aix 30. juin 1938 = DH 1938, 569; Trib.civ. Meaux 9.déc.1936 = GazPal 1937 I, 405; Paris 3. déc. 1955 = GazPal 1956 II, 30; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II Nr. 736, S. 752; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 909, 910, S.781, 782; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1716, S. 950, 951; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1018, 1020, S. 357-361; Ripert-Boullanger, droit civil Bd.II Nr.1494, S.553; Nr. 1498, S. 555; de Page, droit civil belge Bd.I Nr. 145 B, S. 214;

3 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. vol. Nr. 737, 739, S. 753, 754; Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr. 911, S. 782; de Page, droit civil belge Bd.I Nr.144, 145, S. 211, 214;

civil eingefügt worden und änderte die ursprünglich enge, vom Prinzip der Willensautonomie bestimmte Fassung des Art. 1244 II u. III Cc, um die sozialen Bedürfnisse bei der Vertragsabwicklung besser zu berücksichtigen.<sup>1</sup> Art. 1244 II Cc wirkt als Schutzmaßnahme zugunsten des zahlungswilligen, aber in einer Geldverlegenheit befindlichen Schuldners. Seine wirtschaftliche Situation findet mittels einer Art von richterlichem Begnadigungsrecht Berücksichtigung. Der Gesetzgeber will bei der Vertragsabwicklung die Gebote der Menschlichkeit und die Sozialpflichtigkeit der Vertragsrechte beachtet wissen.<sup>2</sup>

Den *délais de grâce* ähnlich sind die *Moratoires* (*moratoires*). Sie werden nur nicht durch Richterspruch nach Beurteilung der persönlichen Verhältnisse des Einzelschuldners, sondern als Nachfristen für ganze Arten von Schuldverhältnissen durch den Gesetzgeber vorgesehen. Sie gelten entweder für be-

- 
- 1 l'ancien art. 1244 II, III Cc: "Les juges peuvent néanmoins prendre en considération de la position du débiteur et, usant de ce pouvoir avec une grande réserve = indem sie dieses Recht mit größter Vorsicht und Zurückhaltung gebrauchen, accorder des délais modérés pour le payement, et sursoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état"; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 735, S. 751, 752; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1712 ff, S. 947; Maz.-Maz.-droit civil Bd. II Nr. 909, S. 781; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1018, S. 359; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 144 bis, S. 211, 212; loi belge du 27. juillet 1934 et loi du 30. juillet 1938;
- 2 Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1716, S. 949, 950; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 909 S. 781; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1018 S. 357, 358; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1495, 1496, S. 554; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 144, S. 210; Nr. 146, S. 216;

stimmte Personengruppen<sup>1</sup> oder für besondere Schuldverhältnisse<sup>2</sup> und reichen seit der Zeit der beiden Weltkriege bis hin zu den Wirren des Algerienkrieges<sup>3</sup>.

Den Ort der Leistung bestimmen die Parteien (Art. 1247 I, 1 Cc). Bei der Ermittlung des gemeinsamen Parteiwillens können Auslegungsprobleme auftauchen, welche im französischen und belgischen Recht mittels Ermittlung der *intention commune des parties* als *volonté tacite* gelöst werden. Fehlt eine Parteivereinbarung, so sind bestimmte Sachen an dem Ort zu leisten, wo sie sich bei der Entstehung der Verbindlichkeit befinden (Art. 1247 I, 2 Cc), sonst hat die Leistung am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen.<sup>4</sup>

- 
- 1 loi du 4. mai 1941 (Kriegsgefangene); décret du 1. sept. 1939 (Wehrpflichtige); loi du 4. mai 1941 (Flüchtlinge), ebenso loi du 16. juillet 1940;
  - 2 loi du 21. août 1936 (Bezahlung bei Verkäufen von Geschäftsgrundstücken); loi belge du 27. juillet 1934 (Bezahlung hypothekarisch gesicherter Schulden)
  - 3 loi du 9. juillet 1956 et loi du 17. avril 1957; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. vol. Nr. 742, 743, S. 755; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1017-1020, S. 950; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 915, S. 783; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1503-1509, S. 556, 557; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1023, S. 365-369; de Page, droit civil belge Bd. I, Nr. 150, 151, S. 223, 224; loi du 4. août 1914; arrêtés -loi des 13. et 15. mai 1940, du 1. mai 1944, du 19. mars 1945;
  - 4 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 591, S. 632, 633; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1044, S. 811; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1546, S. 562; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1189, S. 593; de Page, droit civil belge Bd. III Nr. 471 ff, S. 453 ff.

#### IV. Ganze Leistung und Teilleistungen

Der Gesetzgeber hat ähnlich dem deutschen und schweizer. Recht die Unteilbarkeit der Erfüllung einer Vertragspflicht in Art. 1220 Cc und die Unteilbarkeit der Zahlungspflicht in Art. 1244 I Cc geregelt. Der Gläubiger erlangt auf Grund des Vertrages einen einzigen Anspruch, mit dessen vollständiger und ungeteilter Erfüllung er rechnen darf. Er soll nicht durch Teilleistungen und Teilzahlungen belastigt oder beschwert werden, welche für ihn weniger Nutzen als die gesamte Leistung haben. Die Billigkeit (équité) gebietet eine entsprechende gesetzliche Regelung.<sup>1</sup> Teilzahlungen sind zulässig im Falle ausdrücklicher Vertragsvereinbarung oder spezieller gesetzlicher Regeln.<sup>2</sup> Im übrigen kann der Richter im Rahmen seines nach Art. 1184 Cc bestehenden unabhängigen Beurteilungsermessens prüfen, ob der Schuldner trotz teilweiser Erbringung der Hauptleistung redlicherweise seine Pflicht erfüllt hat.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol., Nr. 562, S. 605; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1443, S. 810; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 887, S. 769; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1550, S. 566; de Page, droit civil belge Bd. III Nr. 448, S. 428, 429;

<sup>2</sup> z.B. Art. 1220 Cc (mehrere Erben); Art. 136 C com. (lettres de change); Art. 34 décret-loi du 30. oct. 1935 (lettres de chèque); Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 562, S. 605; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1163, S. 565, 566; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1552 S. 566; Beudant, droit civil Bd. VIII Nr. 496, S. 355;

<sup>3</sup> Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1023, S. 570; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 300, S. 265; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 430, S. 580; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1098, S. 892; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 889, S. 847;

Eine Ausnahme vom Gebot der Unteilbarkeit der Zahlungspflicht (Art. 1244 I Cc) ist aus Art. 1244 II Cc hergeleitet worden, der dem Richter erlaubt, zur besseren Berücksichtigung der Schuldnerinteressen eine Nachfrist zu setzen. Délai de grâce bedeutet seinem Wortsinn nach Aufschub der Leistungspflicht im Sinne einer Stundung. Aus dem Vergleich des Wortlautes von Abs. I und Abs. II wird der Schluß gezogen, daß zur berechtigten Erleichterung des Schuldners auch eine Teilung der Zahlungspflicht zulässig ist. Der Richter kann in gerechter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des leistungswilligen Schuldners dem Gläubiger die Pflicht auferlegen, statt der ganzen Leistung wiederkehrende Teilzahlungen anzunehmen.<sup>1</sup>

#### V. Unbeachtlichkeit von geringfügigen Unregelmäßigkeiten

Anders als im BGB und ZGB fehlen im Code civil ausdrückliche gesetzliche Hinweise, daß geringfügige Unregelmäßigkeiten bei der Erfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht unbeachtlich sind. Aus der Verwendung der Worte 'ordnungsgemäßer Gebrauch', z.B. in Art. 1241 und 1721 Cc, ergibt sich in Verbindung mit dem durch Art. 1184 Cc anerkannten unabhängigen Beurteilungsrecht des Richters, daß unwesentliche Beeinträchtigungen der Leistung unbeachtlich bleiben und nicht zur Vertragsauflösung berechtigen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 562, S. 605, 606; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1163, S. 566; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1553, S. 567; Beudant, droit civil Bd. VIII, Nr. 496, S. 355; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 144, S. 211, Bd. III Nr. 450, S. 430; 2 vgl. S. 59/60

Daher bleiben teilweise Leistungsrückstände unberücksichtigt und lassen weder eine exceptio non adimpleti contractus noch eine résolution par inexécution (Art. 1184 Cc) zu, wenn sie im Verhältnis zur Gesamtleistung nur einen geringfügigen Anteil ausmachen.<sup>1</sup> Nur nach Ansicht eines Teiles der Lehre verhindert die bonne foi contractuelle ähnlich dem deutschen und schweizer. Recht die Berücksichtigung solcher Geringfügigkeiten.<sup>2</sup>

Verborgene Sachmängel (défauts ou vices cachés) sind für Kauf und Miete in Art. 1641 und 1721 Cc geregelt. Es besteht eine Gewährleistungspflicht für solche verborgenen Mängel, die einen ordnungsgemäßen Gebrauch verhindern. Aber nur erhebliche Beeinträchtigungen sind beachtlich. Es steht im unabhängigen Ermessen des Richters, diejenigen geringfügigen Mängel unbeachtet zu lassen, welche den ordnungsgemäßen Gebrauch des Gläubigers nicht beeinträchtigen.<sup>3</sup>

1 Civ.belge 8. déc. 1960 = Pas b 1961 I, 382; Bruxelles 6. mars 1962 = Pas b 1962 II, 273; Civ.civ. 26. nov. 1951 = GazPal 1952 I, 72; Civ.civ. 27.nov.1950 = GazPal 1951 I, 132; Sociale 12.janv. 1945 = Gaz Pal 1945 I, 88; Civ. 12. mars 1956 = D 1956, 302; Req. 24. janv. 1939 = GazPal 1939 I, 586; Civ.11. avril 1918 = DP 1921, 1, 224; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 873, S. 487; Nr. 1023, S. 570; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 294, S. 261; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1129, S. 908; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI, Nr.430, S. 580 note 4; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 866, S. 829; note 6;

2 Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 454, S.608, 609;

3 Paris 1. déc. 1956 = D 1957 Somm 62; Maz.-Maz., droit civil Bd. III Nr. 947, S. 806, Nr. 981, S.833; Ripert-Esmein, droit civil, Bd. X Nr. 125, S. 135; Nr. 129, S. 142, 143; Nr. 537, S. 737, 738; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 1523, S. 508; Nr. 1735, S. 573; Fuzier-Herman-Demogue, code civil annoté Bd. III, Art. 1184 Nr. 25 S. 419; Nr. 85 S. 423; Bd. IV Art. 1721 Nr. 1 u. 3, S. 47; Pothier, louage Bd. VI Nr. 110, S. 84;

Schließlich müssen Verspätungen so erheblich sein, daß sie die Verwendung der Ware im Sinne des Vertragszweckes unmöglich machen. Die unbedeutende Verspätung verursacht regelmäßig keinen schätzbaren Schaden; dann besteht auch keine Verantwortlichkeit des Schuldners wegen verspäteter Erfüllung.<sup>1</sup>

## VI. Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Eine dem § 320 BGB, Art. 82 OR entsprechende Regelung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (*exception d'inexécution* oder *exception non vel non rite adimpleti contractus*) für alle gegenseitigen Verträge fehlt im Code civil. Es finden sich nur Einzelbestimmungen für bestimmte Verträge: Art. 1612, 1613, 1651 Cc für den Kauf, Art. 1704 Cc für den Tausch. Nachdem Saleilles vor der Jahrhundertwende die deutsche Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in die französische Rechtsordnung eingeführt hat, erkennt die Lehre für alle gegenseitigen Verträge die *exceptio non adimpleti contractus* an.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung wendet die Kaufrechtsregeln (Art. 1612, 1613, 1651 Cc) analog an.

---

1 Civ.civ. 30.nov.1949 = GazPal 1950, 1, 38; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 1098, S. 892; Ripert-Esmein, *droit civil* Bd. VII Nr. 829, S. 158; Fuzier-Herman-Demogue, *Code civil annoté* Bd. III, Art. 1184 Nr. 85, S. 423;

2 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 294, S. 261; Carbonnier, *droit civil* Bd. II Nr. 167, I Aa, S. 562; Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil* Bd. II, Nr. 873, S. 486; Ripert-Boulangier, *droit civil*, Bd. II Nr. 494 und 496, S. 192; Ripert-Esmein, *droit civil*, Bd. VI Nr. 440, S. 592;

Gerechtfertigt wird die exception d'inexécution on ohne Berufung auf die bonne foi contractuelle aus der Natur des gegenseitigen Vertrages, wonach die Leistungserbringung beider Vertragsparteien regelmäßig gleichzeitig zu erfolgen hat. (Exécution trait pour trait). Die Leistung der einen Partei ist der Grund für die Leistung der anderen. Bei Nichterfüllung der einen Vertragsleistung wird die andere ohne Grund (sans cause) und braucht daher nicht erbracht zu werden. Jede Vertragspartei kann ihre eigene Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung zurückbehalten.<sup>1</sup>

Ähnlich wird bei der Verweisung auf die volonté présumée des parties begründet: es besteht die Vermutung, daß sich jeder Vertragspartner bei einem gegenseitigen Vertrag nur deswegen zur eigenen Leistung verpflichtet, weil er will, daß beide Leistungen gleichzeitig erbracht werden. Ein anderer Wille ergibt sich regelmäßig erst aus dem Zugeständnis einer Leistungsfrist an den Partner.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Civ. 26. nov. 1951 = GazPal 1952 I, 72; Req. 12. juin 1929 = DH 1929, 445; Req. 20. avril 1921 = D 1922, 1, 181; Civ. 4. et 5. mai 1920 = DP 1926, 1, 37; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 872, 873, S. 485, 487; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1131, S. 909; 1133, S. 910; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 167 I Aa, S. 562; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 441, S. 593; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 497, S. 193; Lyon-Caen, in Rev. trim. dr. priv. 1946, S. 83; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 862, S. 825;

<sup>2</sup> Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 167, S. 565; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1126, S. 908; Cassin, l'exception non adimpleti contractus, Diss. Paris 1914, S. 422, 424, 425, 565;

Die Gerichtssprache bezeichnet die exception d'inexécution oder exception non adimpleti contractus<sup>1</sup> auch irrenführenderweise als Zurückbehaltungsrecht (droit de rétention), obwohl sich dieses auf schuldnerfremde Sachen bezieht, während die exception d'inexécution die schuldner eigene Sache im gegenseitigen Vertrag meint.<sup>2</sup>

Unter Umständen kann die Berufung auf die exception d'inexécution unzulässig sein. In der Lehre wird ähnlich dem deutschen und schweizer. Recht auf die bonne foi contractuelle verwiesen, die einen sinnwidrigen Gebrauch verhindert.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung nimmt ganz allgemein für sich ein unabhängiges Prüfungsrecht in Anspruch. Danach berechtigen unter Berücksichtigung aller Umstände nur erhebliche Rückstände zur Geltendmachung der Einrede.<sup>4</sup> Im übrigen darf derjenige, welcher für sich die Einrede bean-

- 
- 1 Civ.Sect.soc. 12.janv. 1945 = GazPal 1945 I, 88; Civ.Sect.civ. 26. nov. 1951 = GazPal 1952 I, 72; Civ.belge 24.avril 1947 = Pas b 1947 I, 174;
- 2 Civ. 5.déc. 1934 = S 1935 I, 46; Civ. 22. févr. 1932 = DH 1932, 203; Civ. 5. mai 1920 = DP 1926, I, 37; Civ. belge 7. nov. 1935 = Pas b 1936, I, 38; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 873, S. 487; Carbonnier, droit civil Bd. II § 167 S. 565; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1125, S. 907; Nr. 1131, S. 909; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 499, S. 193; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI, Nr. 441, S. 593; de Page, droit civil belge, Bd. II Nr. 865, S. 827;
- 3 Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 167 I A, b, S. 562; Cassin, l'exception non adimpleti contractus, Diss. Paris 1914, S. 565, 578, 579;
- 4 Civ.Sect.civ. 26. nov. 1951 = GazPal 1952 I, 72; Soc. 12. janv. 1945 = GazPal 1945 I, 88; Civ.belge 8. déc. 1960 = Pas b 1961 I, 382; Bruxelles 6. mars 1962 = Pas b 1962 II, 273; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 294, S. 261; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 873, S. 485; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1129, S. 908; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 454, S. 609;

spricht, nicht die Nichtleistung des Partners verursacht oder durch eigene Leistung den Partner zur Rückbehaltung berechtigt haben.<sup>1</sup>

## VII. Zurückbehaltungsrecht

Das Zurückbehaltungsrecht ( droit de rétention) erlaubt dem Gläubiger, eine schuldner eigene Sache<sup>2</sup> zurückzubehalten, obgleich er sie nicht zum Pfande erhalten hat.<sup>3</sup> Im Code civil fehlt eine generelle Regelung, vergleichbar dem § 273 BGB und dem Art. 895 I ZGB, nur für einzelne Rechtsinstitute wird vom Gesetzgeber ein Zurückbehaltungsrecht vorgesehen.<sup>4</sup> Die Artikel des Code civil werden als beispielhafte Regelungen eines zugrundeliegenden, allgemeinen Prinzips aufgefaßt. Dem Gläubiger steht ein

---

1 Req. 22. févr. 1932 = DH 1932, 203; Req. 2. juin 1929 = DH 1929, 445; Req. 30. juillet 1928 = DH 1928, 493; Req. 23. févr. 1898 = D 1898, 1, 159; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 454, S. 608; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 876, S. 830;

2 So auch die schweizer. Auffassung, Art. 895 I ZGB; anders § 273 BGB: Sachen und Rechte.

3 Civ. b 7. nov. 1935 = Pas b 1936 I, 38; Bruxelles 9. déc. 1933 = Pas b 1934 II, 178; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 167 I, S. 561, 562; Maz.-Maz., droit civil Bd. III Nr. 110, S. 107; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 33, S. 12; de Page, droit civil belge, Bd. II Nr. 871, S. 832;

4 Art. 570 Cc (l'ouvrier spécifique); Art. 867 Cc (cohéritier); Art. 1749 Cc (locataire d'un immeuble); Art. 1890, 1891 Cc (commodataire); Art. 1948 Cc (dépositaire); Art. 2082 (gage); Art. 2087 (antichrèse); Art. 2280 (possesseur d'une chose volée ou perdue);

droit de rétention im Sinne einer Einrede an schuldner-eigenen Sachen stets zu, wenn zwischen dem Gläubigeranspruch und der zurückbehaltenen Sache ein rechtlicher Zusammenhang (lien de connexité) besteht. Trotz der unklaren Sprache der Rechtsprechung ist dieser Grundsatz unbestritten anerkannt.<sup>1</sup>

Zur Begründung der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes werden neben der vordergründigen Auslegung eines wahrscheinlichen Parteiwillens, wonach der Eigentümer die Sache dem Gläubiger stillschweigend zum Pfand gegeben hat, vor allem Billigkeitsgründe (équité) angeführt. Die Gerechtigkeitsidee beherrscht die Rechtsbeziehungen der Parteien.<sup>2</sup>

Da das droit de rétention als Waffe des Gläubigers gegen den Schuldner gedacht ist, ergeben sich aus diesem Zweck die Grenzen seiner Anwendbarkeit. Völlig unbedeutende Ansprüche rechtfertigen ein Zurückbehaltungsrecht nicht<sup>3</sup>. Im übrigen bedeutet das Gebot der bonne foi du rétenteur, daß der Gläubiger sich nicht durch unerlaubte Handlung in den Besitz der Sache gebracht haben darf (absence de fraude).<sup>4</sup>

1 Civ. 28. juillet 1924 = D 1926, 1, 96; Maz.-Maz., droit civil Bd. III Nr. 113, S. 110; Bd. II Nr. 1131 S. 909; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 444; 445, S. 598, note 1, 2, S. 600; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 38, 40, S. 14, 15; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 871, S. 832;

2 Maz.-Maz, droit civil Bd. III Nr. 113, S. 110; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 34, S. 13; Bd. II Nr. 498, S. 193; Lyon-Caen in Rev. trim. dr. priv. 1946, S. 83;

3 Bruxelles 6. mars 1962 = Pas b 1962 II, 273; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 34, S. 13;

4 Req. 5. nov. 1923 = DP 1924, 1, 11; Maz.-Maz., droit civil Bd. III Nr. 123, S. 116; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. III Nr. 43, S. 16; Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris 1939, Nr. 38, S. 55, 56;

### C) Vergleich

Im deutschen und schweizer. Recht wirken Treu und Glauben maßgeblich mit bei der Abwicklung der vereinbarten Hauptleistungspflicht, indem sie ihren Umfang und sonstige Rechte und Pflichten näher bestimmen. Dabei überschneidet sich das Treu- und Glaubensgebot mit der noch zu behandelnden Rechtsmißbrauchslehre. Die Wertung, daß der Schuldner seine Leistung so erbracht hat, wie Treu und Glauben es von ihm fordern, bedeutet zugleich, daß der Gläubiger gegen Treu und Glauben verstößt und damit rechtsmißbräuchlich handelt, falls er aus geringfügigen Unregelmäßigkeiten irgendwelche Rechte herleiten will. Ist dem Gläubiger nach Treu und Glauben die Annahme von Teilleistungen zumutbar, so liegt in ihrer Ablehnung eine mißbräuchliche Rechtsausübung. Ähnlich sind die durch Treu und Glauben gebotenen Einschränkungen des Zurückbehaltungs- bzw. Retentionsrechts zu erklären aus dem sonst krassen Mißverhältnis der gegenseitigen Interessen, welches eine Berufung auf angebliche Rechtspositionen mißbräuchlich macht. Es kommt auf den Betrachtungsstandpunkt an. Erfüllt der Schuldner seine vertragliche Hauptpflicht nach Treu und Glauben, so verletzt der Gläubiger Treu und Glauben und handelt rechtsmißbräuchlich, wenn er noch irgendwelche Einwände geltend zu machen versucht.

Die vom Code civil bestimmte französische und belgische Rechtsordnung gelangt, bis in die Einzelheiten verfolgbar, zu gleichen Ergebnissen. Die Rechtsprechung begründet ihre Entscheidungen entweder aus dem stillschweigend übereinstimmenden Parteiwillen (*intention commune tacite*) und bleibt damit vordergründig im Rahmen der engen Grenzen des streng verstandenen Grundsatzes der Willensautonomie, oder sie beurteilt im Rahmen des Art. 1184 Cc

auf Grund ihres unabhängigen Beurteilungsermessens aus den gesamten Umständen, ob die vertragliche Hauptpflicht redlicherweise erbracht ist oder nicht. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit dem *délai de grâce* (Art. 1244 II Cc) eine eigenwillige und über die deutsche und schweizer. Treu- und Glaubenshandhabung hinausgehende Regelung getroffen, um eine gerechte Abwicklung der vertraglichen Hauptleistungen sicherzustellen.

Das Gebot der *exécution de bonne foi* (Art. 1134 III Cc) ist über den allgemeinen Leitsatz der *conduite honnête et loyale* hinaus unentwickelt geblieben. Selbst wenn nach Meinung der Lehre die *bonne foi contractuelle* als Gebot des redlichen Verhaltens unausgesprochen hinter den Entscheidungen zu lesen ist (Umfang der vertraglichen Hauptleistung, unbeachtliche Geringfügigkeiten, Einschränkungen der *exception d'inexécution* und des *droit de rétention*<sup>1</sup>), wird sie bei der Erbringung der vertraglichen Hauptleistung nicht zur bestimmenden, konkreten Rechtsregel, sondern bleibt ein zugrundeliegendes allgemeines Prinzip, welches nur den gleichen Rang wie die *équité*, *nature du contrat*, *utilité sociale*, *morale*, *besoin du crédit* erlangt.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Carbonnier, *droit civil*, Bd. II, Nr. 167, I Ab, S. 562; Ripert-Esmein, *droit civil* Bd. VI Nr. 379 quater, S. 508; Nr. 454, S. 608, 609; Ripert-Boulangier, *droit civil* Bd. II Nr. 463, S. 180; Bd. III Nr. 34, S. 13; Demogue, *obligations*, Bd. VI Nr. 6, S. 12; Cassin, *l'exception non adimpleti contractus*, Diss. Paris 1914, S. 565, 570, 579;

<sup>2</sup> Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 312-314, S. 273, 274;

## § 4 Einfluß von Treu und Glauben auf die vertraglichen Nebenpflichten

### A) Deutschland und Schweiz

#### I. Allgemeines

Vertragsvereinbarung und Gesetz umschreiben die Hauptpflichten und einige wichtig erscheinende Nebenpflichten des Vertrages. Außerdem ist zur ordnungsgemäßen Erbringung der Hauptleistung regelmäßig eine Vielzahl von weiteren Nebenpflichten zu beachten, die von den Parteien nicht in allen Einzelheiten vorhergesehen werden.<sup>1</sup>

Soweit sich im deutschen Recht zusätzliche Nebenpflichten nicht durch Auslegung und Ergänzung des Parteiwillens nach § 157 BGB ergeben, bewirkt § 242 BGB ihre Entstehung und nähere Bestimmung, um gemäß den objektiven Verkehrserfordernissen eine sinnvolle Vertragsabwicklung zu gewährleisten.<sup>2</sup>

Das schweizer. Recht bestimmt die Nebenpflichten im Wege der Auslegung und besonders der Vertragsergänzung, wobei Art. 2 I ZGB maßgeblich ist. Treu und Glauben und das Vertrauensprinzip bewirken eine objektive Betrachtungsweise des Vertrages und erweitern die gegenseitigen Rechte und Pflichten so, wie es von redlichen Partnern zu erwarten ist.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Esser, Schuldrecht § 33, 3, S. 110; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 260, S. 297, 298;

<sup>2</sup> Soergel-Siebert § 242 Anm. 61; Erman-Erman § 242 Anm. III, 2, a, S. 368; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 23;

<sup>3</sup> Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 260, S. 298; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 347;

Demnach sind in beiden Rechtsordnungen über §§ 157, 242 BGB, Art. 2 I ZGB Treu und Glauben maßgeblich für die Entstehung vertraglicher Nebenpflichten. Die Vertragsabwicklung löst sich vom Willen der Parteien und richtet sich nach objektiven Verkehrserfordernissen.<sup>1</sup>

## II. Persönliche Fürsorge- und Schutzpflichten

Ist die Vertragsabwicklung mit Gefährdungen verbunden, so entstehen in beiden Rechtsordnungen Schutz- und Fürsorgepflichten zugunsten des bedrohten Partners. Sie sind bei Verträgen mit persönlichen Bindungen, aber auch bei einfachen Austauschverträgen zu finden, ihr Inhalt ergibt sich aus dem Gebot der Rücksichtnahme.<sup>2</sup>

So hat vor persönlichen Gefahren zu schützen der Vermieter den Mieter<sup>3</sup>, der Versicherer den Versicherten<sup>4</sup>. Bei Transportverträgen ist die Haftung für persönliche Verletzungen des Beförderten gesetz-

---

1 Soergel-Siebert § 242 Anm. 61; Constantinesco, in: *exécution et faute contractuelle en droit comparé*, Nr. 80, S. 156, 157;

2 Soergel-Siebert § 242 Anm. 72; Esser, *Schuldrecht* § 33, 3 zu b, S. 111; Merz in *Berner Ko.* I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 269, S. 300; Merz in *ZSR* 80, 1 (1961), S. 347; BGE 79 II, 70, 71 3; BGE 71 II, 715;

3 RGZ 131, 274; 103, 140; 102, 231; KG in *OLG* 12, 62/63; BGH in *LM* Nr. 5 zu § 536, BGH in *BB* 1955, 181; Soergel-Siebert § 242 Anm. 73; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl § 535 Nr. 39, 40, 44; BGB RGRK-Pritsch § 535 Anm. 6 u. 8;

4 BGHZ 9, 34, 49; Soergel-Siebert § 242 Anm. 78;

lich geregelt.<sup>1</sup> Im Verlagsvertrag hat der Verleger dem Verfasser für die Neuauflage eine angemessene Frist zu setzen<sup>2</sup>. Die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten ist in § 618 I BGB und Art. 339 I OR gesetzlich erwähnt und für das Arbeitsverhältnis zu einem umfassenden Gebot ausgestaltet worden.<sup>3</sup> Der Veranstalter von Sportaufführungen haftet vertraglich für die Sicherheit der Zuschauer<sup>4</sup>, der Speisewirt für die Sicherheit seiner Gäste<sup>5</sup>.

### III. Sachliche Obhuts- und Schutzpflichten

Ähnlich wie die persönlichen Schutzpflichten ergeben sich die sachlichen Obhuts- und Schutzpflichten auch ohne gesetzliche Regelung (z.B. § 701 BGB) aus dem Gebot der Rücksichtnahme und dienen der ordnungsgemäßen Erfüllung der Hauptleistung.<sup>6</sup> Sie sind vielfältig bei Verträgen mit persönlicher Bindung: Der Vermieter hat die Sachen des Mieters

---

1 §§ 1 ff Reichshaftpflichtgesetz; §§ 33 ff Luftverkehrs-gesetz; §§ 7-10 Straßenverkehrsgesetz;

2 RGZ 112, 173, 179, 184; Soergel-Siebert § 242 Anm. 73;

3 RGZ 80, 27; RG in JW 1922, 1005; 1910, 280; RG in WarnRspr 1917 Nr. 12 S. 18; Stettin in OLG 6, 81; Braunschweig in OLG 17, 410; BGE 72 II, 45 ff und 316; 62, II, 156, 157; 60 II, 112 u. 117-120; 57 II, 61 u. 66; und 167 ff; ZBJV 69 (1933), 394, 395; Soergel-Siebert § 242 Anm. 72; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze § 618 Anm. 9-12; Erman-Erman § 242 Anm. III 2 d bb, S. 370; BGB RGRK-Denecke § 816 Anm. 3 u. 4; Guhl, Schweiz. OR, S. 337, 338; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 266, S. 299; Becker in Berner Ko. VI, 2 Art. 339 OR Nr. 1-7; Oser-Schönenberger in Zür. Ko. V, 2 Art. 339 Nr. 1, 2, 5, 14;

4 BGE 79 II S. 70, 71 Nr. 3;

5 BGE 71 II S. 107 u. 115;

6 Soergel-Siebert § 242 Anm. 72; Staud.-Weber § 242 Anm. A, 775; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 266, S. 399; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 347, 348.

vor Schaden und Verlust zu schützen,<sup>1</sup> der Pächter hat den gepachteten Gegenstand sorgfältig zu erhalten,<sup>2</sup> der Arbeitgeber hat im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit die berechtigt eingebrachten Sachen des Arbeitnehmers sorgfältig aufzubewahren.<sup>3</sup> Sorgfaltspflichten bestehen auch beim Versendungskauf<sup>4</sup>, der Annahmeverzug des Gläubigers befreit den Schuldner nicht von Obhutspflichten bezüglich des geschuldeten Gegenstandes<sup>5</sup>.

#### IV. Mitteilungspflichten

Neben vielfältigen Aufklärungspflichten bei Vertragsschluß<sup>6</sup> entstehen im deutschen und schweizer.

- 1 BGH in LM Nr. 2 zu § 535 BGB; RGZ 103, 141; Dresden in JW 1931, 891; BGE 68 II, 237; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl § 535 Anm. 41; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 266, S. 299; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 347 FN 20;
- 2 RG in Recht 1920 Nr. 2363; RG in Recht 1920 Nr. 1191; RGZ 160, 361; Soergel-Siebert § 242 Anm. 73; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl § 581 Anm. 23; BGB RGRK-Pritsch § 581 Anm. 22;
- 3 LAG Düsseldorf in BB 1953, 859; LAG Hamm in BB 1953, 531; LAG Hannover in BB 1952, 635; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze § 618 Anm. 40-43;
- 4 Rostock in OLG 43, 45; Königsberg in OLG 41, 110; Dresden in OLG 28, 170; und 16, 396; KG in OLG 20, 174; Soergel-Siebert § 242 Anm. 76; und 75; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 267, S. 300
- 5 RGZ 108, 343; 60, 180; Soergel-Siebert § 242 Anm. 75; Enn.-Lehmann § 4 I, 2, S. 21;
- 6 BAG in JZ 1964, 324; BGH in NJW 1962, 1196; BGH in NDR 1954, 346; RGZ 103, 48, 51; BGE 86 IV, 205; 72 IV, 65, 66 II, 140; Soergel-Siebert § 242 Anm. 80; Erman-Erman § 242 Anm. III 2 d cc, S. 372; Esser, Schuldrecht § 33, 3 zu a, S. 110; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 270, 272, 273; Merz in ZSR 80, 1 (1961), S. 348; Guhl, schweiz. OR S. 120 u. 148;

Recht bei der Vertragsabwicklung Mitteilungspflichten stets dann, wenn nur einem Vertragspartner die Gefahr bzw. Gefahrerhöhung bekannt wird.

Derjenige, der die Kontrolle über eine Sache ausübt, z.B. der Vermieter eines Hauses in Kenntnis unzureichender Reparaturen, hat auf möglicherweise drohende Gefahren aufmerksam zu machen.<sup>1</sup> Gefahrerhöhungen auf Grund außerordentlicher Ereignisse sind mitzuteilen,<sup>2</sup> ebenso äußere Umstände, die dem anderen seine Vertragserfüllung erschweren, z.B. Erschwernisse für die Einreise ausländischer Musiker.<sup>3</sup> Für den Versicherungsvertrag sind Anzeigepflichten bezüglich gefahrerhöhender Umstände in §§ 34, 27 II deutsches VVG, Art. 4, 30, 38 I, 74 schweizer VVG.<sup>4</sup> gesetzlich geregelt.

Neben den häufig im Gesetz geregelten klagbaren Auskunftsansprüchen<sup>5</sup> gilt mittels Gesetzesanalogie unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Regel, daß ein Auskunftsanspruch stets dann entsteht, wenn wegen der Eigenart des Vertragsverhältnisses der Gläubiger entschuldbarerweise keine Gewißheit über Entstehung oder Umfang des Rechtes hat und der Verpflichtete unschwer Auskunft erteilen kann.<sup>6</sup> Ähnlich gibt es bei den Rechenschafts-

1 BGH in LM Nr. 4 zu § 536 = NJW 1957, 826; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl § 535 BGB Anm. 39;

2 BGE 68 II, 225, 226;

3 BLZR 33 (1934) Nr. 22, S. 76; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 277, S. 302;

4 Guhl in Schweizer Obligationenrecht, S. 829, 836, 845;

5 §§ 402, 444, 666, 713 BGB; Art. 330 II, 505 I u. II, 696 OR, Art. 681 ZGB;

6 BGHZ 10, 385, 387; BGH in LM Nr. 2 zu § 259 BGB; BGH in LM Nr. 2 zu § 677 BGB und BGH in LM Nr. 5 zu § 242 (B e) BGB; BGH in NJW 1957, 1026; RGZ 158, 377, 379; RGZ 126, 123; Soergel-Siebert § 242 Anm. 87; BGBRGRK-Nastelski § 242 Anm. 29 u. 31 u. § 260 Anm. 1; Erman-Erman § 242 Anm. III 2 d, dd, S. 242; Merz in Berner Ko. Art. 2 ZGB Nr. 278, 279, 302

pflichten über eine geführte Verwaltung zahlreiche gesetzliche Einzelbestimmungen<sup>1</sup>, aus denen der allgemeine Grundsatz abgeleitet wird, daß Rechenschaft stets verlangt werden kann, wenn jemand fremde Angelegenheiten besorgt hat.<sup>2</sup>

## V. Mitwirkungspflichten

Das Kennzeichen von Gesellschaftsverträgen ist die Pflicht, zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammenzuwirken. Da bei Austauschverträgen die Parteien regelmäßig ihre eigenen Zwecke verfolgen, sind solche Mitwirkungspflichten selten, die bei der Abwicklung der Gegenleistung helfend eingreifen. Es besteht keine Hilfspflicht schlechthin, wegen der verschiedenen Interessen- und Risikobereiche endet das gegenseitige Zusammenwirken regelmäßig bei der ordnungsgemäßen Erfüllung der eigenen Leistungspflicht. Hilfspflichten können in beiden Rechtsordnungen dort entstehen, wo die Leistungspflicht des einen ohne Mitwirkung des anderen nicht erfüllbar ist.<sup>3</sup>

---

1 §§ 27 III, 666, 675, 681, 2218 BGB;

2 BGHZ 10, 385, 387; RGZ 164, 350; 127, 243, 245; 110, 16; 73, 288; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 88, BGB RGRK-Nastelski § 259 BGB, Anm. 3; Erman-Erman § 242 BGB Anm. III 2 d dd, S. 242;

3 Esser, Schuldrecht, § 33, 3 zu c, S. 111, 112; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 95; Staud.-Weber, § 242 BGB Anm. A 775, (5); Erman-Erman § 242 BGB Anm. III 2 d ee, S. 373, 374; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 281, S. 303; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 348, 349;

Der Vertragspartner ist verpflichtet, bei der Erlangung behördlicher Genehmigungen mitzuwirken, von deren Einholung die Wirksamkeit des Vertrages abhängt. Gleiches gilt für die Erlangung von Arbeits-, Einreise-, Ausreise-, Devisen-, Ausfuhr- und Einfuhrbewilligungen, welche den Vertrag erst durchführbar machen.<sup>1</sup>

Darüber hinaus gebieten Treu und Glauben, einen drohenden Schaden möglichst abzuwenden, und den bereits eingetretenen Schaden zu mildern. Den Geschädigten trifft die Pflicht, im Interesse des Ersatzpflichtigen den entstandenen Schaden möglichst klein zu halten. Ihm werden Krankenhausbehandlung, Heilverfahren, gefahrlose Operation, Wiederaufnahme der Berufstätigkeit, Umschulung und andere Mitwirkungshandlungen zugemutet.<sup>2</sup>(vgl. auch § 254 II BGB)

---

1 BGH in BB 1956, 869; OLG Stuttgart in NJW 1953, 670; LG Bonn in MDR 1953, 241; RGZ 129, 376; RGZ 115, 38; BGE 68, II, 225; BlZR 32 (1933) Nr. 109; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 96; BGB-RGRK-Nastelski § 242 BGB Anm. 28; Erman-Erman § 242 BGB Anm. III 2 d ee, S. 374; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 282, S. 303; Merz in ZSR 80, 1 (1961), S. 349;

2 BGHZ 16, 265 und 275; BGHZ 10, 18; OGH in NJW 1949, 340; RGZ 156, 205; 154, 236; 139, 133; 129, 398; 83, 15; 60, 147; RG in HRR 1938 Nr. 722; BGE 81 II, 515; 60 II, 229, 230; 57 II, 67; 42 II, 247; 39 II, 785; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 97; Staudinger-Weber § 242 BGB Anm. B 35; Erman-Erman § 242 BGB Anm. III 2 d ee S. 374; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 283, 284, S. 303; Otfinger, Haftpflichtrecht, Bd. I S. 175, 176, 179-181;

## B) Frankreich und Belgien

### I. Allgemeines

Das französische und belgische Obligationenrecht unterscheidet zwischen vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten (*obligations principales et accessoires*). Manche *obligations accessoires* werden im Code civil<sup>1</sup> oder in den Vertragsvereinbarungen ausdrücklich vorgesehen, ihre Mehrzahl haben Rechtsprechung und Lehre erst entwickelt.<sup>2</sup>

Ausgangspunkt ist die bindende Wirkung des Vertrages (*la force obligatoire du contrat*, Art. 1134 I Cc). Der Grundsatz der Willensautonomie läßt anders als im deutschen und schweizer. Recht vertragliche Nebenpflichten nur soweit zu, wie sie auf die gemeinsame Parteienabsicht (*intention commune des parties*) Art. 1156 Cc) gestützt werden können. Statt mittels Art. 1134 III, 1135 Cc den Vertrag nach den objektiven Verkehrserfordernissen zu ergänzen, begründet die französische und belgische Rechtsprechung in der herkömmlichen Art mittels eines stillschweigenden Parteiwillens (*volonté tacite des parties*)<sup>3</sup>.

Dabei bejaht die Rechtsprechung Nebenpflichten, welche die Parteien weder vorhergesehen noch gewollt haben. Die dem Scheine nach auf die Auslegung des

---

1 Art. 1592, 1593, 1603, 1692, 1719, 1720 Cc;

2 Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Bd. I, Nr. 704/5, S. 790, 791;

3 Paris 29. nov. 1958 = D 1959, 167; Civ. 1. civ. 14. mai 1956 = GazPal 1956 II, 33; Civ., 1. civ. 14. nov. 1955 = D 1956 Somm 82; Civ. 20. avril 1942 = DA 1942, 127; Civ. 11. nov. 1941 = DC 1942, 153; Req. 5. avril 1933 = DH 1933, 265;

subjektiven Parteiwillens gestützte Methode gelangt zu ungerechtfertigten Unterstellungen, hinter denen die Lehre objektive, vom Parteiwillen unabhängige Wertungen des Richters erkennt. Letztlich bestimmen unausgesprochen *esprit et nature du contrat*, la nécessité d'assurer la réalisation des obligations principales, l'équité, les usages, la bonne foi contractuelle den Umfang der vertraglichen Nebenpflichten.<sup>1</sup>

## II. Persönliche Fürsorge- und Schutzpflichten

Ereignen sich im Verlauf der Vertragsabwicklung Personenunfälle, so greift statt der deliktischen die vertragliche Haftung ein, falls die Vertragsvereinbarungen persönliche Schutzpflichten enthalten (*obligations de sécurité quant à la personne*). Dazu ist der Parteiwille aufzuklären, bzw. festzustellen, ob die persönliche Sicherheit des Vertragspartners in enger Verbindung mit der Hauptleistung steht. Der Anstoß zur Entwicklung persönlicher Schutzpflichten ist von den Transportverträgen ausgegangen,<sup>2</sup> heute werden Schutzpflichten für eine Vielzahl von Verträgen anerkannt.

---

1 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 218, S. 199, Nr. 222, S. 204; Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil* Bd. II Nr. 814, S. 455, Nr. 835, S. 465, 466; Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Bd. I Nr. 163, S. 219, 172, S. 223; Nr. 704/5, S. 790, 791; Rieg, *rôle de la volonté* Nr. 406 S. 403, 405, 406; Constantinesco, *inexécution et faute contractuelle en droit comparé* Nr. 79, S. 151, 152, Nr. 81, S. 160, 161;

2 Civ. 29. nov. 1960 = D 1961, 75; Civ. 22. mars 1960 = D 1961, 701; Colmar 4. oct. 1960 = D 1961, 136; Civ. 20. avril 1942 = DA 1942, 127; Req. 5. avril 1933 = DH 1933, 265; Civ. 11. févr. 1931 = DP 1932, 1, 5;

Im Dienstvertragsrecht ist auf Grund einer loi sur les accidents de travail de 1898 zugunsten des Arbeitnehmers eine umfassende persönliche Schutzpflicht geregelt.<sup>1</sup> Der Vermieter ist für die Sicherheit des Mieters verantwortlich<sup>2</sup>, der Hotelier für die Sicherheit seiner Gäste<sup>3</sup>. Arzt und Klinik haften für die Sicherheit ihrer Patienten<sup>4</sup>. Im übrigen entstehen Schutz- und Fürsorgepflichten bei allen Verträgen, deren Ausführung Gefahren für eine Vertragspartei mit sich bringt. So haben Schausteller auf Jahrmärkten für die Sicherheit ihrer Besucher zu sorgen<sup>5</sup>, der Inhaber eines Bades oder einer Reitschule haftet für die Sicherheit der Benutzer<sup>6</sup>.

Wird der Vertragspartner während der Abwicklung des Vertrages verletzt, so ist von Bedeutung, ob der andere für den Erfolg einer sicheren Erfüllung haftet

- 
- 1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 156, S. 200, 201;
  - 2 Civ. 1. Sect.civ. 25. janv. 1961 = D 1961 Somm.90; Trib.gr.inst. Bordeaux 3. mars 1961 = D 1961,320; Trib.civ.Lyon 12. déc. 1945 = D 1946, 387; Trib. civ.Marseille 12. janv. 1938 = DH 1938, 191; Lalou, responsabilité civile Nr. 630, S. 419, 420;
  - 3 Amiens 23. mars 1960 = D 1960,458; Civ. 8. oct. 1958 = D 1959 Somm 41; Lyon 20. déc. 1948 = D 1949, 593; Req. 13. nov. 1945 = D 1946, 20; Riom 13.déc. 1938 = GazPal 1939, I, 400; Colmar 2. déc. 1938 = GazPal 1939 I, 171;
  - 4 Civ. 31. janv.1961 = D 1961,236; Trib.civ.Marseille 12.juin 1956 = D 1956,515; Trib.civ.Marseille 29. nov. 1955 = D 1956, Somm 74; Paris 21.juillet 1953 = D 1953, 637; Lyon 7. janv. 1952 = D 1952,97; Paris 19.juillet 1944 = D 1945,66;
  - 5 Aix en provence 15.nov. 1957 = GazPal 1958 I,136; Civ. 7.juillet 1954 = D 1955,589; Montpellier 4. mai 1954 = GazPal 1954 II,77;
  - 6 Civ. 17. juillet 1961 = D 1961,647; Trib.comm.Seine 9. févr. 1956 = D 1956,Somm.115; Req. 30. mars 1939 = GazPal 1939, I, 897; Paris 25. juin 1935 = D 1936, 2, 14; Paris 29.nov.1958 = D 1959,167; Paris 25.mars 1954 = D 1954, 295; Paris 15. déc. 1955 = GazPal 1956 I, 65;

(obligation de résultat ou obligation déterminée), oder ob er nur allgemeine Vorsichtsmaßregeln zu treffen hat (obligation de moyen ou obligation générale de prudence et de diligence). Bei letzterer Pflicht muß der Verletzte die Fahrlässigkeit des anderen beweisen, er trägt die Beweislast, während erstere eine Gewähr für die persönliche Sicherheit enthält und zur Umkehrung der Beweislast führt. Der Gegner hat eine fremde Ursache (cause étrangère) nachzuweisen. Beim contrat de transport wird die persönliche Schutzpflicht als obligation de résultat anerkannt, bei den übrigen Schutzpflichten herrscht Unklarheit.<sup>1</sup>

### III. Sachliche Obhuts- und Schutzpflichten

Neben sachlichen Obhuts- und Schutzpflichten (obligations de sécurité quant aux biens), die als obligations principales<sup>2</sup> oder accessoires<sup>3</sup> im Code civil vorgesehen sind oder auch ausdrücklich vereinbart sein können<sup>4</sup>, bleibt es bei einer Vielzahl von Verträgen dem Richter überlassen, durch Auslegung des stillschweigenden Parteiwillens entsprechende Vertragsklauseln zu entwickeln.<sup>5</sup>

1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 103-4, 103-5, S. 117 - 119; Nr. 151, S. 192; Lalou, responsabilité civile Nr. 410 S. 279; Rieg, rôle de la volonté Nr. 406, S. 405 note 181; Allgemeines zu den persönl. Fürsorge-u. Schutzpflichten: Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 834, S. 465; Ripert-Boulangier, droit civil Bd. II, Nr. 467, S. 181; Nr. 944, S. 353; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 402, S. 321;

2 Art. 1720, 1880, 1915 Cc

3 Hotelier: Art. 1952; Fuhrmann: Art. 1782 Cc; (eingebrachte Sachen)

4 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 162, S. 215-218;

5 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 166, 168, 169, S. 220, 221;

Besonders sorgfältig hat die französische und belgische Rechtsprechung die sachlichen Obhutspflichten des Dienstherrn untersucht. Das Verhältnis von Dienstherr und Dienstperson ähnelt dem von Hotelier und Gast. (Art. 1952, 1953 II Cc). Eine vertragliche Obhutspflicht über die eingebrachten Sachen greift ein, wenn der Dienstpflichtige sich zur Arbeitsleistung privater Sachen entledigen muß, und soweit er Fahrzeuge abstellt.<sup>1</sup> Darüber hinaus werden sachliche Obhut- und Schutzpflichten angenommen beim Transportvertrag.<sup>2</sup> Der Vermieter hat über die Sachen des Mieters zu wachen<sup>3</sup>.

Gehaftet wird schließlich für zu Veranstaltungen aller Art eingebrachte Sachen<sup>4</sup> ebenso wie für solche Sachen, die in Geschäftsräumen abgestellt sind.<sup>5</sup>

#### IV. Mitteilungspflichten

Ähnlich dem deutschen und schweizer. Recht bestehen Aufklärungspflichten schon bei Vertragsschluß, falls ein Vertragsteil erkennbar sich nicht selbst

- 1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I, Nr. 162, S. 218 note 7; Ripert-Esmein, droit civil Bd. II, Nr. 841, S. 80; Trib.civ.Béthune 6. nov. 1956 = D 1957 Somm 37; Civ.sect.soc. 3. août 1948 = B 1948, 536; Req. 30. oct. 1933 = GazPal 1933 II, 966;
- 2 Paris 10. juin 1955 = D 1955, 582;
- 3 Civ. 1.civ. 14. nov. 1955 = D 1956 Somm 82; Civ.civ. 10. juillet 1950 = GazPal 1950 II, 245; Civ.Sect.civ. 24. mai 1948 = D 1948, 375; Civ. 8. avril 1941 = D 1945, 13; Seine 16. oct. 1941 = GazPal 1941 II, 438; Paris 11. mai 1951 = D 1951, 1, 514;
- 4 Paris 9. févr. 1956 = D 1956, 701; com.St.Etienne 24. mars 1942 = GazPal 1942 II, 85; com.Seine 18. déc. 1942 = GazPal 1942 II, 272; Req. 31. mai 1938 = DH 1938, 451; Req. 27. nov. 1934 = DH 1935, 51;
- 5 Trib.civ.Seine 30. mars 1950 = GazPal 1950 I, 299; Paris 21. oct. 1949 = D 1950, 758 = GazPal 1950 I, 80;

die notwendigen Kenntnisse über den Vertragsgegenstand verschaffen kann.<sup>1</sup>

Nach Vertragsschluß obliegen dem Vertragsgegner Mitteilungspflichten, wenn nur er die Notwendigkeit bestimmter Maßnahmen erkennen kann.

Den Mieter verpflichtet der alleinige Besitz, dem an einem anderen Ort wohnenden Vermieter die dem gemieteten Haus drohenden Gefahren anzuzeigen, ebenso Besitzstörungen durch Dritte.<sup>2</sup> Ein Unternehmer, dem die Unterhaltung von Fahrstühlen in einem Gebäude obliegt, hat die notwendigen Reparaturen anzuzeigen<sup>3</sup>. Der Künstler hat dem Auftraggeber Nachricht zu geben, falls ihm die Ausführung seines Auftrages durch höhere Gewalt unmöglich wird.<sup>4</sup> Den Architekten treffen rechtzeitige Anzeigepflichten, damit der Bauherr die möglichen Konstruktionsprämien erlangen kann.<sup>5</sup> Besonders gesetzlich geregelt ist die

---

1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 704-10, S. 799 note 2 bis; Nr. 514, S. 583; Maz.-Maz., droit civil Bd. III Nr. 393, S. 843; Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939 Nr. 71 bis S. 130-133 Demogue, obligations Bd. VI Nr. 12, S. 18; Nr. 180, S. 186, 187; de Juglart, l'obligation de renseignement dans les contrats in Rev. trim. dr. civ. 1945, S. 7-9; Civ. civ. 2. mars 1948 = D 1948, 256; Civ. 28. mai 1941 = GazPal 1941 II, 371; Civ. 4. août 1941 = GazPal 1941 II, 539; Limoges 24. mai 1955 = D 1955, 603;

2 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 704-5, S. 791 note 4 ter; Ripert-Givord-Tunc, droit civil Bd. X Nr. 585, S. 824, 825; Demogue, obligations, Bd. VI Nr. 15, S. 22/23; Nr. 29, S. 40;

3 Civ. 1. civ. 14. mai 1956 = GazPal 1956, II, 38; Civ. 11. nov. 1941 = DC 1942, 153; Maz.-Tunc responsabilité civile Bd. I Nr. 704-5, S. 791 note 4 bis;

4 com. Bruxelles 27. nov. 1958 = jurisprudence commerciale de Bruxelles 1959, S. 412; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 29, S. 38

5 Grenoble 31. mai 1956 = D 1956, 491; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 704-5, S. 791 note 3 bis;

Mitteilungspflicht im Versicherungsrecht. Der Versicherte hat nachträglich auftretende, gefahrerhöhende und sonstige wichtige Umstände anzuzeigen (Art. 15 III, 17, 30, 46 de la loi du 13. juillet 1930)<sup>1</sup>.

Der Schuldner hat sich in dem Maße der Kontrolle des Gläubigers zu unterwerfen, wie dies zu einer ordnungsgemäßen Ausübung der Gläubigerrechte erforderlich ist. Daher können wie im deutschen und schweizer. Recht den Schuldner auch einklagbare Auskunft- und Rechenschaftspflichten treffen (obligations de donner des renseignements et de rendre compte). Die Grenze des Kontrollrechts bildet die objektive Erforderlichkeit der Aufklärung des Gläubigers und die schützenswerte Geheimnissphäre des Schuldners.<sup>2</sup>

Zahlt der Versicherte eine Prämie proportional zu seinem Einkommen, so kann der Versicherer die Richtigkeit der Gehaltsangaben prüfen, selbst wenn eine ausdrückliche Vereinbarung fehlt.<sup>3</sup> Wird beim Verlagsvertrag (contrat d'édition) der Autor nach der Anzahl der verkauften Exemplare vergütet, so kann er Rechenschaft verlangen und die Bücher des Verlegers kontrollieren.<sup>4</sup>

---

1 Civ. 11. déc. 1939 = DH 1940, 50; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 29, S. 38, 39;

2 Demogue, obligations Bd. VI Nr. 27, 28, S. 35-37;

3 Jurisprudence au matière d'assurance in Rev. trim. dr. civ. 1920, S. 398, 399; Civ. 11. nov. 1919 = Rec. pér. ass. 1920, S. 35; Bordeaux 2. déc. 1912 = Rec. pér. ass. 1914, S. 65; Paris 6. nov. 1912 = Rec. pér. ass. 1913, S. 508; Lyon 28. févr. 1912 = Rec. pér. ass. 1912, S. 689; Paris 6. déc. 1911 = Rec. pér. ass. 1912, S. 690; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 24, S. 36;

4 Trib. com. Seine 4. juin 1896 = D 1898, 2, 73; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 27, S. 36;

## V. Mitwirkungspflichten

Da bei Austauschverträgen in der Regel die Parteien verschiedene Ziele verfolgen, ist wie im deutschen und schweizer. Recht nur ausnahmsweise ein Mitwirken über die Erbringung der eigenen Hauptleistung hinaus zu verlangen. (Obligations de coopération)

Es besteht die Pflicht, dem Partner die Erbringung seiner Gegenleistung zu erleichtern, falls dieser behördliche Kontrollen und andere äußere Schwierigkeiten zu überwinden hat.<sup>1</sup> Der Versender muß bei internationalen Transporten die notwendigen Unterlagen für den Zoll beifügen,<sup>2</sup> der Reisende hat eine Registrierung seines Gepäcks vorzunehmen, damit es nicht mit anderen Stücken vermischt wird.<sup>3</sup>

Im übrigen besteht die Pflicht, drohende Schäden von sich selbst abzuwenden und eingetretene Schäden im Interesse des Schuldners gering zu halten.<sup>4</sup> Zur Minderung eingetretener Schäden wird dem Betroffenen vor allem eine sinnvolle medizinische Behandlung zugemutet, einschließlich notwendiger Operation, soweit sie nicht gefährlich und unsicher im Erfolg ist.<sup>5</sup>

---

1 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 72, S. 135; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 14, S. 21; de Page, droit civil belge Bd. II, Nr. 469, S. 461;

2 Civ. 12. avril 1929 = D 1930, 1, 28;

3 Trib. com. Seine 21. oct. 1899 = D 1901, 2, 331;

4 Trib. com. Bruxelles 10. mars 1959 = Jurisprudence commerciale de Bruxelles 1959, 411;

5 Justice de paix de la Louvière 30. mars 1932 = Pas b 1933 III 17 et note; Liège 12. oct. 1932 = Pas b 1935, II, 21; Bruxelles 3. janv. 1929 = Pas b 1929 II 141; Demogue, obligations Bd. VI, Nr. 17, S. 24, 25; Bersaques in revue critique de jurisprudence belge 7 (1953) S. 281 Nr. 15 note 4; répertoire pratique de droit belge Bd. XI (1940): responsabilité No. 1860-1867, S. 469;

### C) Vergleich

Um die ordnungsgemäße Erfüllung der Hauptleistung sicherzustellen, wird der Vertrag mit einer Vielzahl von Nebenpflichten ausgestattet.

Im deutschen und schweizer. Recht ermöglichen Treu und Glauben, unabhängig vom Willen der Parteien, eine Anpassung des Vertrages an die objektiven Verkehrserfordernisse.

Das französische und belgische Rechtsdenken geht von der Überlegung aus, daß besonders bei körperlichen Verletzungen die betroffene Partei ein berechtigtes Interesse hat, statt des deliktischen einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zu erhalten (*responsabilité contractuelle / délictuelle*). Um den Grundsatz der Willensautonomie zu beachten, beruft sich die französische und belgische Rechtsprechung vordergründig auf einen stillschweigenden Parteiwillen. Sie gelangt, bis in die Einzelheiten verfolgbar, zu einer gleichen Vielzahl vertraglicher Nebenpflichten wie die deutsche und schweizer. Rechtspraxis. Da diese weitreichenden Pflichten von den Parteien in der Regel nicht vorhergesehen sind, erscheint der Schluß der französischen und belgischen Lehre gerechtfertigt, daß unausgesprochen objektive Verkehrserfordernisse dieser Rechtsprechung zugrunde liegen. Die *bonne foi contractuelle* wird dabei nur als eines unter den objektiven Kriterien neben *équité* und *nature du contrat* genannt, ohne selbst von der Lehre als beherrschender Grundsatz hervorgehoben zu werden.

## § 5 Mißbrauch von vertraglichen Rechten

### A) Deutschland und Schweiz

#### I. Allgemeines

Das schweizer. ZGB enthält in Art. 2 II eine ausdrückliche Regelung des Rechtsmißbrauchsverbotes: "Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."

Im deutschen BGB fehlt eine entsprechende Bestimmung.<sup>1</sup> Zwar verbieten die §§ 226 und 826 BGB in negativer Form den Rechtsmißbrauch, für eine umfassende Rechtsmißbrauchslehre erweisen sich beide Bestimmungen als unzureichend, da § 226 BGB den mißbräuchlichen Schikanezweck zu eng festlegt und § 826 BGB einen groben Sittenverstoß fordert. Daher wird heute die gesetzliche Grundlage für ein Verbot des Rechtsmißbrauchs in § 242 BGB gesehen.<sup>2</sup>

---

1 Trotz Einbürgerung der römisch-rechtlichen *exceptio doli generalis* im gemeinen Recht lehnte die Kommission eine Übernahme ins BGB in der Form eines allgemeinen Rechtsmißbrauchsverbotes ab, weil dies "in höchst bedenklicher Weise anstelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters setze und die Grenzen zwischen Gesetz und Moral verwische." Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1897, S. 239, 240; Gadow in Jherings Jahrb. 84, 178;

2 BGHZ 12, 157; RGZ 170, 158; 169, 183; 167, 400; 166, 49; 160, 357; Staud.-Weber § 242 Anm. D 35; Soergel-Siebert vor § 226 Anm. 15-17; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 7 u. 8; BGB RGRK-Johannsen § 226 Anm. 9; Enn.-Nipperdey § 239 IV, 1, S. 1443;

Sowohl die deutsche als auch die schweizer. Rechtsmißbrauchslehre gehen auf die römisch-rechtliche *exceptio doli generalis* zurück, welche Mißbräuche des formellen Rechts verhinderte, falls der Beklagte ein der *bona fides* widersprechendes Verhalten des Klägers nachwies.<sup>1</sup> Zur näheren Bestimmung des Rechtsmißbrauchs ist von dem überlieferten Grundsatz auszugehen: Wer von seinen Rechten Gebrauch macht, tut in der Regel niemandem Unrecht (*qui suo iure utitur neminem laedit*).<sup>2</sup> Jedoch gewährt die Rechtsordnung nicht nur subjektive Rechte, sondern stellt gleichzeitig ethische und soziale Anforderungen, jede Berechtigung ist in der richtigen Weise auszuüben. Damit werden Grenzen gezogen, die entweder durch höherrangige Gebote wie Treu und Glauben, die guten Sitten und soziale Erfordernisse (Außen-theorie) oder durch im Recht selbst wurzelnde Schranken (Innentheorie) erklärt werden.<sup>3</sup>

1 Celsus in Dig. VI,1,38: *neque malitiis indulgendum est*; BGE 83 II, 349 m.w.N. zur *exceptio doli generalis*; Kaser, Das römische Privatrecht 1. Abschnitt § 114, S. 407,408; Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht § 160, 2, S. 261; Wendt in AcP 100, S. 57,58; Dolder, Die Lehre vom Rechtsmißbrauch, Diss. Basel 1952, S. 13-15; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 13-14, S. 228; Egger in Zür.Ko. I Art.2 ZGB Nr. 25.

2 Gaius in Dig. I,17,55: *nullus videtur dolo facere qui sua iure utitur*; Staud.-Weber § 242 BGB Anm. D 20; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 110; Esser, Schuldrecht § 34, 2; Enn.-Nipperdey § 239 III FN 8, S. 1440; Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr.13, S. 228;

3 Staud.-Weber § 242 BGB Anm. D 24-29; Staud.-Coing § 226 BGB Anm. 1 a; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 110 u. 115; und vor § 226 BGB Anm. 12; Esser, Schuldrecht § 34, 8, S. 117; Enn.-Nipperdey § 239 III, 5 u.6, FN 23, S. 1441, 1442; Oertmann, Komm. z.BGB, Allg.Teil § 226 Anm. 2;

Wegen der systematischen Stellung von Art. 2 I u. II ZGB und wegen der Einordnung der deutschen Rechtsmißbrauchslehre in § 242 BGB wird das Verbot der mißbräuchlichen Rechtsausübung als Umkehrung des Gebotes angesehen, nach Treu und Glauben zu handeln. Wer nicht so handelt, wie Treu und Glauben es gebieten, mißbraucht das ihm zustehende Recht.<sup>1</sup>

Die deutsche und schweizer. Rechtsprechung wendet oftmals sorglos diese grobe Regel auf Fälle an, in denen ihr die Einschränkung einer formalen Rechtsposition zugunsten einer besseren materiellen Gerechtigkeit wünschenswert erscheint und begibt sich in die Nähe reiner Billigkeitserwägungen. So bezeichnet das schweizerische Bundesgericht als Zweck des ganzen Art. 2 ZGB, "die formelle Gültigkeit positiver Rechtsätze zu beschränken und aufzuheben, wo immer der Richter das im Interesse der materiellen Gerechtigkeit als geboten erachtet."<sup>2</sup>

Im schweizer. Recht verweist schon der Wortlaut von Art. 2 II ZGB "der offenbare Mißbrauch" auf strengere Maßstäbe.<sup>3</sup> Auch im deutschen Recht bleibt ein subjektives Recht grundsätzlich ausübbar, wenn dadurch dem Schuldner Schwierigkeiten entstehen oder das moralische Empfinden nicht erheblich verletzt wird.<sup>4</sup>

---

1 BGHZ 20, 167; 12, 157; 1, 32; RGZ 170, 158; 169, 183; 167, 400; 158, 107; 152, 150; 146, 396; BGE 86, II, 232; 83 II, 349, 350; Soergel-Siebert § 242 Anm. 112; Esser, Schuldrecht § 34, 2, S. 113; Enn.-Nipperdey § 239 IV, 1, S. 1443; Egger in Zür. Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 23; Tuor, Schweiz.ZGB § 6 III, S. 44;

2 BGE 72 II, 42;

3 Tuor, Schweiz.ZGB § 6 III a, S. 45; Egger Zür.Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 28;

4 Staud.-Weber § 242 Anm. D 45; Soergel-Siebert § 242 Anm. 111; BGB-RGRK-Nastelski § 242 Anm. 127; Enn.-Nipperdey § 239 III, 1, S. 1440; BGHZ 19, 72-75; RGZ 160, 349 u. 357;

Der Gefahr der Rechtsaufweichung durch Handhaben der Mißbrauchslehre nach billigem Richterermessen wird begegnet, indem sich genauer umschriebene einzelne Anwendungsfälle herausgebildet haben, welche das allgemeine Verbot, wider Treu und Glauben zu handeln, näher bestimmen.<sup>1</sup>

Für die Vertragsabwicklung ist darzustellen, wie das allgemeine Rechtsmißbrauchsverbot im deutschen und schweizerischen Recht in konkrete Regeln aufgliedert wird.

## II. Bloße Schikane- und Schädigungsabsicht

Die krasseste Form des Rechtsmißbrauchs bei der Vertragsabwicklung, in § 226 BGB ausdrücklich vom deutschen Gesetzgeber für Rechte aller Art formuliert, ist die Ausübung eines vertraglichen Rechts ausschließlich in der Absicht, den Vertragspartner zu schädigen oder zu schikanieren.

Die Bestimmung der Schädigungs- und Schikaneabsicht erfordert nicht den schwierigen Nachweis einer vorsätzlichen oder gar arglistigen Schadenszufügung. Vielmehr genügt es, daß nach den objektiven Umständen der gesamten Sachlage die Rechtsausübung nur diesen Zweck haben kann. Dabei können die inneren Beweggründe zur Bestimmung der Schikane- und Schädigungsabsicht hinzugezogen werden, soweit sie nachweisbar sind.<sup>2</sup>

---

1 Staud.-Weber § 242 BGB Anm. D 46; Esser, Schuldrecht, § 34,3 S.113; Merz in Berner Ko.I,1 Art.2 ZGB Nr.26, S.233;

2 BGH in BB 1953, S.373,374; RG in WarnRspr 1912 Nr.10; 1936 Nr.183; RGZ 98, 15 u.17; 72,254; 68,425; RG in HRR 1936 Nr.1484; Soergel-Siebert § 226 BGB Anm.5,6, 14,15; Staud.-Coing § 226 Anm.5; Erman-Hefermehl § 226 Anm.2; BGB RGRK-Johannsen § 226 Anm.2; Merz in Berner Ko.I,1 Art.2 ZGB Nr.344 u.346, S.320,321; Merz in ZSR 80,1(1961) S.354; Tuor, Schweiz.ZGB § 6 IIIa,S.45;

Der Schikane- und Schädigungstatbestand entfällt, sobald ein berechtigtes Interesse mitbestimmend ist. Besonders eine Gewinnerzielungsabsicht kann völlig legitim sein, selbst ein Interesse an subjektiven Annehmlichkeiten genügt.<sup>1</sup>

In der Rechtspraxis erlangt diese krasse Unterform des Rechtsmißbrauchs beim Neidbau Bedeutung. Im Vertragsrecht ist ihre Anwendung selten geblieben, da Verträge kaum absolute Rechtspositionen einräumen, die ohne Eigeninteresse ausschließlich zum Schaden des Partners ausnutzbar sind. Die Entscheidungen der Gerichte lehnen den Tatbestand der Schikane häufiger ab als sie ihn zusprechen.<sup>2</sup>

### III. Unnütze Rechtsausübung oder Fehlen eines berechtigten Interesses

Treu und Glauben enthalten das Gebot der redlichen Rechtsausübung, der Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen. Ein Rechtsmißbrauch liegt vor, wenn der geltend gemachte Anspruch in keiner Weise die Gläubigerinteressen fördert, aber den Schuldner beschwert und schädigt. Zur Feststellung, daß eine Rechtsausübung unnütz ist, genügt die Würdigung der objektiven Umstände, eine zusätzliche Schädigungsabsicht des Rechtsausübenden wird nicht verlangt. Der materiellrechtliche Gesichtspunkt der unnützen Rechts-

---

1 RGZ 125, 110, 111; 98, 15, 17; 86, 20; 69, 380; RG JW 1936 S. 673, 674; 1905 S. 388; RG in Seuff. Arch. 87 Nr. 135, S. 258, 259; RG in HRR 1936 Nr. 1484; Staud.-Coing § 226 BGB Anm. 5; Soergel-Siebert § 226 BGB Anm. 5; BGB RGRK-Johannsen § 226 BGB Anm. 2; Erman-Hefermehl § 226 Anm. 4 b; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 347-349, S. 321;

2 Ablehnung des Schikane-Tatbestandes: OLG Köln in NJW 1956, 345, 346; LG Karlsruhe in NJW 1957, 1599; OLG München in OLG 22, 175; Bejahung des Schikane-Tatbestandes: RGZ 96, 184; SJZ 57 (1961), 175 E 3;

ausübung fällt häufig mit dem prozeßrechtlichen des fehlenden Rechtsschutzinteresses zusammen.<sup>1</sup>

Eine ungerechtfertigte Beschwerne des Schuldners liegt vor, wenn der vom Gläubiger auf Grund eines formellen Rechts erstrebte Erfolg bereits gewährleistet ist. Im Vertragsrecht tritt diese Interessenlage ein, wenn der Schuldner auf einem gesetzlich nicht vorgesehenen Weg die volle geschuldete Leistung bereits erbracht hat. Dann sind die Gläubigerinteressen befriedigt, die formale Rechtsstellung allein genügt nicht zur Geltendmachung des Anspruchs.

Im schweizer. Recht ist die Nachlieferung mangelfreier Ware ebenso wie die Nachbesserung auch ohne gesetzliche Regelung für den Distanzverkäufer zulässig. Nutzt der Verkäufer diese in Art. 206 OR<sup>2</sup> nicht vorgesehenen Möglichkeiten, so verliert der Käufer die ihm ursprünglich zustehenden Rechtsbehelfe. Die an sich berechnigte Löschung einer jüngeren Schutzmarke wird versagt, falls der erstrebte Erfolg, der Schutz vor Konkurrenz, bereits erreicht ist, weil sich die Absatzgebiete nicht überschneiden und eine Konkurrenz undenkbar ist.<sup>3</sup>

Eine Rechtsausübung ist unnütz, wenn feststeht, daß bei Durchsetzung eines Vertragsanspruches die In-

---

1 Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 150 u. 156; Merz in Berner Ko., I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 340, 343, S. 319, 320 Nr. 363, S. 324; RGZ 146, 385, 395, 396; BGE 83, II, 345 u. 352;

2 SJZ 43 (1947) 112; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 364, S. 324; Becker in Berner Ko. V, 2 Art. 206 OR Nr. 6;

3 ZBJV 89 (1950) S. 406 ff. Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 351 u. 355, S. 322, 323; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 156;

teressen des Gläubigers unbefriedigt bleiben.<sup>1</sup>

Der Schuldner, der sich nur für den eventuellen Ausfall in einem künftigen Prozeß des Gläubigers gegen einen Dritten verpflichtet hat, muß bei völliger Aussichtslosigkeit des Prozesses die unmittelbare Inanspruchnahme dulden.<sup>2</sup> Die Forderung des Gläubigers auf Wiedereintragung der im Handelsregister gelöschten Gesellschaft ist abzulehnen, wenn nicht die geringste Aussicht auf Befriedigung besteht.<sup>3</sup>

Die allgemein gehaltene Formulierung des Verbotes der unnützen Rechtsausübung darf nicht dahin mißverstanden werden, daß die Inanspruchnahme eines zahlungsunfähigen Schuldners als rechtsmißbräuchlich abzulehnen ist. Die Verpflichtungsfähigkeit hängt nicht von der Leistungsfähigkeit ab.<sup>4</sup>

Nach der alten Regel: *dolo petit qui petit quod statim redditurus esset* handelt derjenige ohne berechtigtes Interesse und daher rechtsmißbräuchlich, der etwas verlangt, was er alsbald zurückgeben muß.<sup>5</sup>

---

1. Soergel-Siebert § 242 BGB Anm.156; Merz in Berner Ko. I,1 Art.2 ZGB Nr.357-363, S.323,324;

2 ZBJV 82 (1946), 186 ff;

3 BGE 60 I, 23, 29, 30 E 3;

4 Merz in Berner Ko.I,1 Art.2 ZGB Nr.358 S.323; SJZ 55 (1959), 295;

5 BGHZ 10, 69 u.75; BGH in BB 1960, 341; RGZ 166,117; 160,312; 143,277; 126,385; 123,245; 84,212; BGE 79 II, 181 E 5; SJZ 27 (1930/31), S.316; Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 151, 152; Staud.-Weber § 242 Anm. D 520, 521; BGB RGRK-Nastelski § 242 BGB Anm.145-150; Enn.-Nipperdey § 239 IV 1 d, S.1445; Wieacker, Präzisierung des § 242 BGB, S.29,30; Mühl in NJW 1956, S. 1659 unter IV, S. 1661, FN 68; Merz in Berner Ko.I,1 Art.2 ZGB Nr. 365 bis 369, S. 325;

#### IV. Krasses Mißverhältnis der Interessen und schonende Rechtsausübung

Grundsätzlich ist es ohne Belang, daß die Durchsetzung eines vertraglichen Anspruchs den Vertragspartner empfindlich trifft. Die Zahlungspflicht des Schuldners besteht auch, wenn ihm nach der Zwangsvollstreckung nur noch der unpfändbare Zwangsbedarf bleibt. Gewahrt bleiben soll nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ein gewisses Gleichgewicht der Interessen. Ein krasses Mißverhältnis von Gläubiger- und Schuldnerinteressen kann die Ausübung eines an sich legitimen Vertragsanspruches, falls sie rücksichtslos erfolgt, rechtsmißbräuchlich machen. Kriterium ist die objektive Unverhältnismäßigkeit von Schuldneraufwand und Gläubigervorteil.<sup>1</sup>

Das Gebot der Unbeachtlichkeit von Geringfügigkeiten beschreibt einen Fall von grober Unverhältnismäßigkeit zwischen möglichem Gläubigervorteil und notwendigem Schuldneraufwand. Die Berufung des Gläubigers auf ganz geringe Leistungsrückstände, Mängel und Zeitüberschreitungen ist rechtsmißbräuchlich, der Schuldner hat seine Vertragspflicht redlich erfüllt. Die geringfügigen Unregelmäßigkeiten beeinträchtigen den Gläubiger nur unwesentlich, während die Anwendung der strengen gesetzlichen Sanktionen den Schuldner ungerechtfertigt hart treffen würde.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Soergel-Siebert § 242 BGB Anm. 162; BGB RGRK-Nastelski § 242 BGB Anm. 160; Erman-Erman § 242 BGB III 3 b dd, S. 377; Düsseldorf in Betrieb 1956, S. 349 (OLG) Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 371-373, S. 325, 326; Egger, in Zür. Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 35; BGE 52 II, 237, 242, 243

<sup>2</sup> vgl. Ausführungen zu § 3 A V S. 53, 54  
Soergel-Siebert § 242 Anm. 153; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 160; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 382-385, S. 328, 329; Egger in Zür. Ko. I Art 2 ZGB Nr. 35

Im übrigen kann der Gläubiger einen vertraglichen Erfüllungsanspruch verlieren, wenn sein eigenes Realerfüllungsinteresse in einem ausgesprochenen Mißverhältnis zu den Aufwendungen des Schuldners bei der Leistungserbringung steht. Entscheidend ist das geringe Mehrinteresse des Gläubigers an der Realerfüllung im Vergleich zum Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, während den Schuldner gerade die Realerfüllung außerordentlich belastet.<sup>1</sup>

In der Abwägung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen bei der Vertragsabwicklung klingt der Gedanke der schonenden Rechtsausübung an. An sich braucht der Gläubiger, der seinen Anspruch auf verschiedene Weise durchsetzen kann, auf eine bestimmte Ausführung nicht deswegen zu verzichten, weil sie dem Partner Nachteile bringt. Aber ein berechtigtes Gläubigerinteresse kann manchmal auch auf eine den Vertragsgegner weniger schädigende Weise befriedigt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit führt dazu, daß dann jede andere Art der Durchsetzung rechtsmißbräuchlich wird, weil es an einer zumutbaren Rücksichtnahme auf die Belange des Schuldners fehlt.<sup>2</sup>

---

1 OLG Düsseldorf in Betrieb 1956, S. 349, 350; Merz in Berner Ko., I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 388, 389, S. 330;  
2 Soergel-Siebert § 242 Anm. 160; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 160; Hubmann in AcP 155, S. 124, 127-129. BGHZ 6, 113; 16, 317, 322; OGH in NJW 1950, 503; RGZ 150, 232, 239; 91, 110; 61, 92; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 393-399, S. 331-333; SJZ 42 (1946) Nr. 135, S. 362; SJZ 11 (1915) Nr. 285, S. 349; Art. 737 II ZGB;

So muß sich der Gläubiger mit der Lieferung von Mit-eigentumsanteilen statt Einzelstücken begnügen, wenn seine Interessen dadurch nicht berührt werden.<sup>1</sup> Ein Vertrag kann nicht wegen Rückstandes von Zahlungen gekündigt werden, wenn Nachzahlung angeboten ist.<sup>2</sup> Der Arbeitgeber darf einen Betrieb nicht stilllegen, wenn eine andere Maßnahme möglich und zumutbar ist.<sup>3</sup>

V. Verbot des widersprüchlichen Verhaltens  
(*venire contra factum proprium*)

Es gibt in der deutschen und schweizer. Rechts-ordnung keinen allgemeinen Grundsatz der Gebunden-heit an das eigene Verhalten oder, negativ formuliert, kein Verbot des widerspruchsvollen Verhaltens.<sup>4</sup> Doch kann eine unzulässige Rechtsausübung vorliegen, wenn sich jemand bei der Ausübung eines Rechtes zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzt, ob-wohl nach den Grundsätzen von Treu und Glauben das frühere Verhalten bei dem Partner ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat. Die Rechtsposition ist ohne pflichtwidriges Verhalten des Berechtigten entstanden, erst später hat er durch sein objektives Verhalten ein schützenswertes Vertrauen beim Verpflichteten erweckt. Das Gebot der Rücksichtnahme macht es dem Verpflichteten unzumutbar, daß der Berechtigte sich nun in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten set-zen und einen ihm formal zustehenden Anspruch geltend machen darf. Diese allgemeinen Überlegungen lassen sich auch hinter speziellen deutschen und schweizer.

---

1 BGHZ 5, 27 und 33;

2 RGZ 150, 232 u. 239;

3 BAG in NJW 1957, 1855;

4 Riezler, *venire contra factum proprium* S. 123, 124;

Gesetzesregeln zum Vertragsrecht wiedererkennen.<sup>1</sup>  
Der Sache nach war das Verbot des widerspruchsvollen Verhaltens im Falle des schutzwürdigen Vertrauens des Gegners im römischen, kanonischen und gemeinen Recht bekannt, der Begriff *venire contra factum proprium* stammt aber erst von Riezler (1912).<sup>2</sup>

#### 1. Völlige Unvereinbarkeit der Verhaltensweisen

Nimmt ein Gläubiger nacheinander oder gleichzeitig zwei unvereinbare Gestaltungen der Rechtslage vor, so kann das berechtigte Vertrauen des Vertragsgegners ein Festhalten an derjenigen Rechts-handlung erfordern, welcher der Berechtigte gerade ausweichen wollte. Treu und Glauben binden den Berechtigten an seinen früher geäußerten Willen, falls im Einzelfall ein widerspruchsvolles Verhalten nachgewiesen wird und das Vertrauen des Schuldners schutz-

---

1 §§ 116, 151, 162, 164, 254, 341 III, 351 BGB; vgl. Staud.-Weber § 242 Anm. D 324; Art. 6, 18 II, 156, 32 II OR; Riezler, *venire contra factum proprium*, S. 110, 132, 133; Soergel-Siebert § 242 Anm. 141; Staud.-Weber § 242 Anm. D 323, 324; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 134; Erman-Erman § 242 III, 3 b aa S. 376; Enn.-Nipperdey § 239 I V 1 c, S. 1444; Esser, Schuldrecht § 35, 2, S. 120; Wieacker, Präzisierung des § 242 S. 27, 28; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 401-406, S. 333-335; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 358; Egger in Zür. Ko. I Art. 2 ZGB Nr. 36;

2 Riezler, *venire contra factum proprium*, S. 1-4; Wendt in AcP 100 (1906) S. 8 ff; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 401, S. 334; van Leeuwen: *Normas morales y reglas de interpretacion en el derecho de contratos*, in : revista del instituto de derecho comparado, Barcelona, 1954, No. 2, S. 128;

würdig ist.<sup>1</sup> Es ist unzulässig, sich der eigenen Leistung entziehen zu wollen, nachdem man sich selbst auf Kosten des anderen Vorteile verschafft hat. Eine entsprechende Berechtigung bleibt in diesem Falle undurchsetzbar.<sup>2</sup> Wer eine bestimmte Vertragsauslegung verursacht oder den Anschein vom Bestehen eines Rechts hervorruft, wird an dieses Verhalten gebunden.<sup>3</sup> Ein die Wandlung begehrender Käufer darf die Kaufsache nicht weiter benutzen. Der Gebrauch einer fehlerhaften Sache steht mit dem Wandlungsbegehren nur dann nicht in Widerspruch, wenn die Weiterbenutzung in Anbetracht des hohen Wertes auch im Interesse des Verkäufers liegt.<sup>4</sup> Der Verpächter übt unzulässig das Kündigungsrecht aus, wenn er durch Täuschung über den Ertrag des Pachtbetriebes selbst zum wirtschaftlichen Zusammenbruch des Pächters und damit zur Unpünktlichkeit der Pachtzinszahlung beigetragen hat.<sup>5</sup>

## 2. Verwirkung als Folge verzögerter Rechtsausübung

Der Einwand der Verwirkung führt dazu, daß ausnahmsweise der Gläubiger ein ihm zustehendes Recht nicht durchsetzen darf, weil dies eine unzulässige Rechtsausübung darstellt. Aus der Schuldner-

---

1 Soergel-Siebert § 242 Anm. 141; Staud.-Weber, § 242 Anm. D 325; Erman-Erman § 242 III 3 b aa, S. 376; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 403, S. 334; Nr. 444-451, S. 342-343; BGH in MDR 1958, 423; BGE 86 II, 424 E 2;

2 BGH in MDR 1954, 217 = BB 1954, 144; RGZ 135, 374, 376, 377; RG in Seuff. Arch. 85 Nr. 122, 82 Nr. 40;

3 OGH in NJW 1950, 907; RGZ 144, 92;

4 BGH in Betrieb 1960, 1333; BGH in NJW 1958, 1773; BGH in MDR 1955, 464; RGZ 145, 83;

5 BGH in MDR 1958, 766

sicht liegen besondere Umstände vor, welche nach Treu und Glauben die Erbringung der Leistung als nicht mehr zumutbar erscheinen lassen. Grundsätzlich hat jeder Schuldner seine Pflicht zu erfüllen. Daher sind strenge Anforderungen bei der Verwirkungseinrede zu stellen, um eine Aufweichung des Rechts und eine Erschlaffung der Schuldnermoral zu verhindern: Ein Recht ist längere Zeit nicht geltend gemacht worden; infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten durfte der Verpflichtete darauf vertrauen, daß das Recht nicht mehr geltend gemacht wird; der Verpflichtete hat tatsächlich darauf vertraut und sich eingerichtet, daß das Recht nicht mehr geltend gemacht wird. Zeitablauf allein reicht nicht.<sup>1</sup>

Die Verwirkung wird aus dem Verbot des venire contra factum proprium hergeleitet.<sup>2</sup> Im Unterschied zum Verbot des widerspruchsvollen Verhaltens ist bei dem Einwand der Verwirkung stets ein gewisser Zeitablauf erforderlich, praktisch berühren sich beide

<sup>1</sup> Soergel-Siebert § 242 Anm. 181-183; Staud.-Weber § 242 Anm. D 598, 599, 607-610; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 190, 197, 200; Enn.-Nipperdey § 228 IV S. 1392-1394; Esser, Schuldrecht § 35, 5; S. 122-123; Herschel in NJW 1948, 235 im Anschl. an LAG Hessen, S. 234; BGH in VersR 1963, 1048; BAG in NJW 1958, 1988; BGHZ 26, 64-66; 25, 51, 52; RGZ 155, 152; 158, 107; 159, 105, 106; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 512 S. 362; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 360, 361; BGE 89 II, 298, 300; BGE 88, II, 180 E 3; BGE 85 II, 129, 130; BGE 81 II, 289 ff.; BGE 76 II, 394, 395; BGE 73 II, 190 ff.;

<sup>2</sup> Staud.-Weber § 242 Anm. D 602; Soergel-Siebert § 242 Anm. 173; Enn.-Nipperdey § 228 IV, S. 1394; Beitzke in MDR 1949, 163; Enn.-Lehmann § 4 II 5, S. 23; Wieacker, Präzisierung des § 242, S. 28; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 512, S. 362; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 360;

Einwendungen. Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Verwirkung zum stillschweigenden Verzicht. Immer wenn die Auslegung eine stillschweigende Verzichtserklärung ergibt, bleibt für den Einwand der Verwirkung kein Raum.<sup>1</sup>

### 3. Unzulässige Berufung auf Formungültigkeit

§ 125 BGB regelt in kategorischer Form die Nichtigkeitsfolge bei Formfehlern, Art. 11 II OR tut es in abgeschwächter Form.<sup>2</sup> In den modernen Rechten sind Formvorschriften nur noch Zweckformen, die dem Schutz der Parteien und der öffentlichen Ordnung dienen.<sup>3</sup>

Naheliegend ist die Überlegung, ob nicht die freiwillige Erfüllung eine Heilung des Formmangels bewirkt. Während Art. 1432 ÖBGB die allgemeine Regel aufstellt, daß Erfüllung die Nichtigkeit infolge Formmangels heilt, kennen BGB und OR nur spezielle Regelungen.<sup>4</sup> Eine analoge Ausdehnung ganz allgemein dahin, daß demjenigen die Berufung auf die Formungültigkeit zu verweigern ist, der freiwillig und in Kenntnis des Mangels erfüllt hat, wird abgelehnt, da die Heilungsvorschriften Ausnahmeregelungen dar-

---

1 Soergel-Siebert § 242, Anm. 142; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 193; Esser, Schuldrecht, § 35, 6 c, S. 23; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 514, S. 362;

2 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 465, S. 347;

3 Enn.-Nipperdey § 154 II, S. 954; Esser, Schuldrecht § 8, 6 S. 25; Larenz, Schuldrecht § 6 II, S. 70, 71; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 462, 466, S. 346, 347;

4 §§ 313 II, 518 II, 766 II, 2301 II BGB; Art. 63, 243 III OR;

stellen.<sup>1</sup> In Wirklichkeit hat die abgelehnte Regel von der Heilung des Formmangels durch freiwillige Erfüllung unter einer anderen Betrachtungsweise Geltung erlangt. Das Zurückverlangen der freiwillig und irrtumsfrei erbrachten Leistung verstößt gegen das Verbot des venire contra factum proprium.<sup>2</sup>

Ein ähnlicher, mit der Leistungserbringung zusammenhängender Fall des unzulässigen widerspruchsvollen Verhaltens liegt vor, wenn die den Formmangel geltend machende Partei die Vorteile des Vertrages entgegengenommen hat, jedoch die eigene Leistung verweigern will.<sup>3</sup>

Schwieriger zu lösen sind die Fälle, in denen die sich auf den Formmangel berufende Partei diesen objektiv veranlaßt hat, sei es, daß sie den Formmangel bewußt in Kauf genommen, ihn zum eigenen Vorteil gewollt oder gar in arglistiger Weise herbeigeführt hat. Entscheidend ist die objektive Veranlassung des Formmangels, gleichgültig, ob Arglist, Verschulden oder auch kein Verschulden vorliegt.

---

1 Staud.-Weber § 242 Anm. D 422; Staud.-Coing § 125 Nr. 31; Soergel-Hefermehl § 125 Nr. 17; Enn.-Nipperdey § 154 III 2 S. 957 u. FN 16; Merz in Berner Ko. I, 1 Nr. 468 S. 348; Nr. 475, S. 350, 351; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 362; RGZ 137, 175; 129, 123; 76, 3; 67, 208;

2 BGHZ 26, 142; RG in JW 1937, 1057, 1058; 1926, 1810; Nr. 2; RGZ 153, 59 u. 61; BGE 84 II, 376 E 2 b; BGE 72 II, 43, 44; ZBJV 84, (1948) 450-452; ZBJV 72 (1936) 735-737; BlZr 41 (1942) S. 131 Nr. 51; Soergel-Siebert § 242 Anm. 215; Larenz, Schuldrecht I, § 10 III, S. 120; Esser, Schuldrecht § 35, 7 c; Wieacker, Präzisierung des § 242 S. 28; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 468, S. 348; Nr. 476, S. 351;

3 RGZ 153, 59; RG in WarnRspr 1937 Nr. 47; BGB RGRK-Nastelski § 125 Anm. 9; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 477, S. 351;

Die schweizer. Rechtspraxis zeigt sich streng trotz der unverbindlichen Verweisung auf die Würdigung der "gesamten Umstände nach freiem Ermessen". Selbst bei arglistig verschuldetem Formmangel wird im Liegenschaftsrecht die Berufung darauf nur dann als unzulässig angesehen, wenn bereits gewisse Erfüllungshandlungen vorgenommen worden sind. Erst die Erfüllungshandlungen machen die Berufung auf die Formnichtigkeit zu einem widerspruchsvollen Verhalten.<sup>1</sup> Die Entscheidungen aus jüngster Zeit ziehen daneben noch andere Gesichtspunkte in Erwägung.<sup>2</sup> Fehlen Erfüllungshandlungen, so steht dem durch das arglistige Verhalten Geschädigten nur Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu, der zum Zuspruch des Erfüllungsinteresses führt, falls der Nachweis gelingt, daß bei pflichtgemäßer Aufklärung über die Formbedürftigkeit der Vertrag formgültig abgeschlossen worden wäre.<sup>3</sup>

Die deutsche Rechtspraxis hat in den Fällen der objektiven Veranlassung des Formmangels die Regel des § 125 BGB durch § 242 BGB korrigiert. Die Rechtsprechung gewährt dem Benachteiligten die Einrede der Arglist, was aber dogmatisch voraussetzt, daß der Formmangel nicht bereits zur Nichtigkeit des Vertrages führt.<sup>4</sup>

---

1 BGE 86 II, 221 u. 232; 84 II, 376 E 2 b; 641; 78 II, 226 u. 227; 72 II, 43 u. 44; 65 II, 237; 57 II, 154; 54 II, 332; 43 II, 24; Merz in Berner Ko. I, 1 Art.

2 ZGB Nr. 487-489, S. 354+355; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 361

3 BGE 86 II, 262; 88 II, 24 E 5; 87 II, 31 E 4; 84 II 376 u. 641 E 2; 78 II, 227; 72 II, 43 u. 44;

4 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 497-499, S. 357;

4 RGZ 170, 203; 169, 73; 117, 124; 107, 180; 357, 359; RG in JW 1936, 97 u. 1826;

Die Lehre lehnt ein wirksames Rechtsgeschäft ab und beseitigt lediglich die Folgen der Nichtigkeit, indem sie aus dem treuwidrigen Verhalten einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo in Verbindung mit § 242 BGB und aus §§ 826, 823 II BGB, 263 StGB gibt, der auf Naturalrestitution geht.<sup>1</sup>

Sowohl die deutschen als auch die schweizerischen Überlegungen beruhen auf der Regel, daß widersprüchliches Verhalten unzulässig ist.

Schließlich hat die deutsche Rechtsprechung vor allem bei der Beurteilung formloser Hofübergabe- und Erbverträge den Grundsatz aufgestellt, daß ein Formmangel dann unbeachtlich ist, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht, die Vertragsansprüche an dem vorliegenden Formmangel scheitern zu lassen. In diesen Fällen würde die Anerkennung der Formnichtigkeit zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen führen, weil erhebliche Aufwendungen gemacht und schwerwiegende Dispositionen getroffen worden sind.<sup>2</sup> Die Stellungnahme der deutschen Lehre ist uneinheitlich. Bedenken ergeben sich vor allem aus der schwierigen Beurteilung, wann ein tatsächliches Verhalten als rechtsgeschäftliche Erklärung auszulegen ist.<sup>3</sup>

---

1 Soergel-Siebert § 242 Anm. 214, 221, 222; Staud.-Coing § 125 Anm. 34; Esser, Schuldrecht § 35,7 b; Lorenz in AcP 156, 1957, S. 400-403 "Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge".

2 BGHZ 23, 249 u. 261; BGHZ 12, 286 u. 204; BGHZ 16, 337; BGH in NJW 1958, 377; 1955, 1065; mit Anm. von G. und D. Reinicke, OGH in NJW 1949, 62;

3 Soergel-Siebert § 242 Anm. 216-218; Soergel-Hefermehl § 125, Anm. 22; BGB RGRK-Krüger-Nieland § 125 Anm. 8; Erman-Westermann § 125 Anm. 5; Larenz, Schuldrecht § 10 III S. 120-; Röttemann in NJW 1954 1644; G u.D. Reinicke in MDR 1954, 641;

#### 4. Unzulässige Berufung auf Verjährungs- und Verwirkungsfristen

Auf den Rechtsverlust seines Gläubigers infolge Verjährung kann sich der Schuldner nach deutschem und schweizer. Recht nicht berufen, wenn er durch sein Verhalten den Gläubiger bewogen hat, von einer rechtzeitigen Unterbrechung der Verjährung abzusehen. Nach Würdigung aller Umstände darf der Gläubiger vertrauen, der Schuldner werde die Verjährungseinrede nicht geltend machen. Hat sich der Gläubiger auch, für den Schuldner erkennbar, tatsächlich darauf eingerichtet, dann steht die später erhobene Einrede der Verjährung im Widerspruch zum früheren Schuldnerverhalten und ist rechtsmißbräuchlich.<sup>1</sup>

Gleiches gilt von der mißbräuchlichen Ausnutzung gesetzlicher Ausschlussfristen. Ein widerspruchsvolles Verhalten liegt vor, wenn der Berechtigte den Eindruck hervorruft, er werde sich auf den Ablauf der gesetzlichen Ausschlussfrist nicht berufen, der Partner tatsächlich darauf vertraut, und der Berechtigte dann doch die gesetzliche Ausschlussfrist anruft.<sup>2</sup>

1 BGHZ 9, 1 und 5; BGH in NJW 1959, 96; RGZ 145, 245; 144, 378-381; 115, 137; 64, 220, 222; RG in JW 1937, 1057 Nr. 1; RGZ 153, 107, 108; BGH in BB 1953, 720; BGE 89 II, 262 E 4; 30 E 3; 76, II, 117, 118; Soergel-Siebert § 242 Nr. 167, 168; Staud.-Weber § 242 Anm. D 478, 484; 487; BGB RGRK-Nastelski § 242, Anm. 164; Erman-Erman § 242 III 3 g, S. 391; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 407, 408; Merz in ZSR 80, 1 (1961), S. 359; Merz in AcP 163 (1964) S. 309;

2 BGH in NJW 1960, 194, 196; RGZ 170, 358 und 378, 379; 155, 108; 148, 300 u. 301; RG in DR 1940, 736; Soergel-Siebert § 242 Nr. 170, 171; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 165 u. 167; Erman-Erman § 242 III 3 d aa, S. 378; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 407, S. 335; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 359, 360;

## VI. Unredlicher Rechtserwerb

Das römische Recht kannte neben der *exceptio doli generalis*, die ein gegenwärtiges arglistiges Verhalten (*dolus praesens*) erforderte, noch die *exceptio doli specialis*, von Wendt<sup>1</sup> *exceptio doli praeteriti* im Gegensatz zur *exceptio doli praesentis* genannt. Die Formel lautete: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* und meinte auch den *dolus* beim Erwerb eines Rechtes.<sup>2</sup> Dem Beklagten war es möglich, sowohl das dolose Verhalten des Klägers bei der Ausübung seines Rechtes als auch beim Erwerb des Anspruchs und der *actio* zu rügen.<sup>3</sup> Aus dem Mittelalter stammt die Regel: *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.<sup>4</sup>

In verschiedenen Einzelvorschriften des BGB und ZGB bzw. OR hat der Gedanke Ausdruck gefunden, daß die Ausübung eines rechtswidrig erlangten Rechtes unzulässig ist.<sup>5</sup>

Nach § 162 BGB und Art. 156, 157 OR gilt die wider Treu und Glauben bewirkte Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts als nicht erfolgt.<sup>6</sup>

---

1 Wendt in AcP 100 (1906) S. 8 u. 13;

2 Gai institutionum commentarii quattuor IV, 119; Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, § 59 IV S. 214;

3 Wendt in AcP 100 (1906) S. 8 u. 9; Enn.-Nipperdey § 239 III, 2 FN 9 u. 10;

4 Riezler, Venire contra factum proprium, S. 4 ff u. 176; Wieacker, Präzisierung des § 242, S. 31; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 541, S. 370;

5 Riezler, venire contra factum proprium S. 162, 176, 177;

6 Soergel-Siebert-Seydel § 162 Anm. 1, 2, 5; BGB-RGRK-Kuhn § 162 Anm. 1 u. 2; Wieacker, Präzisierung des § 242 S. 33; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 574-579; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 156 OR Nr. 3 u. 10; Oser-Schöninger in Zür.Ko.V, 1 Art. 156 OR Nr. 6; Guhl Schweizer OR S. 61 u. 65;

Was zur Herbeiführung eines widerrechtlichen oder sittenwidrigen Erfolges geleistet wurde, kann nach § 817 S. 2 BGB, Art. 66 OR nicht zurückgefordert werden. Die Abweisung der Rückforderung enthält eine Mißbilligung der Berufung auf eigenes Unrecht. Der Kondiktionsausschluß ist als Strafe für die Betätigung der verwerflichen Gesinnung gedacht.<sup>1</sup>

Unter dem Sammelbegriff "unredlicher Rechtserwerb" werden heute im deutschen und schweizer. Recht vertragswidrige, widerrechtliche und sittenwidrige Verhaltensweisen einer Vertragspartei erfaßt. Die normalen zivilrechtlichen Folgen sind Unverbindlichkeit (§ 136 I BGB, Art. 20 I OR), auflösende Gestaltungsrechte (§ 123 BGB, Art. 28, 29 OR) und Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 826 BGB, Art. 41 I, II OR), die dem Einwand der Unredlichkeit Anwendungsgrenzen setzen.<sup>2</sup> Falls aus irgendeinem Grunde, besonders weil die Verjährung zugunsten des rechtswidrig Handelnden eingreift, das rechtswidrig erlangte Recht nicht aufgehoben werden kann, (§§ 124, 852 I BGB, Art. 31, 60 OR), bleibt die Möglichkeit bestehen, dem Anspruch die Einrede des unredlichen Rechtserwerbs entgegenzusetzen (§ 853 BGB,

---

<sup>1</sup> RGZ 161, 60; 105, 271, 272; 104, 54; 99, 167; BGE 74 II, 23; 37 II, 65 u. 67; 66 II, 256; 258, 259; 76 II, 347, 370, 371; Soergel-Siebert-Mühl § 817 Anm. 5; Erman-Seiler § 817 Anm. 3; Wieacker, Präzisierung des § 242, S. 33; Merz in Berner Ko., I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 568-571; S. 376, 377; Guhl, Schweiz. OR S. 17; Becker in Berner Ko. VI, 1, Art. 66 OR: Nr. 1, 4, 6, 8, 9; Oser-Schönenberger in Zür. Ko. V, 1 Art. 66 OR Anm. 3-5;

<sup>2</sup> Staud.-Weber § 242 Anm. D, 396; Ebn.-Nipperdey § 154 III, 4 FN 18; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 540 S. 368; Merz in ZSR 80, 1 (1961) S. 363;

Art. 60 III OR). Diese Einrede verhindert die Ausnutzung eigenen widerrechtlichen Handelns vor oder bei Vertragsschluß, nachdem die üblichen Rechtsbehelfe unanwendbar geworden sind.<sup>1</sup>

Im übrigen trifft der Einwand des unredlichen Rechtserwerbes die Fälle, in welchen zwischen ordnungsgemäßen Vertragsschluß und endgültiger Vertragsabwicklung auf widerrechtliche Weise von einer Partei irgendwelche neuen Rechtspositionen erworben werden. Es genügt ein objektiv rechts- und pflichtwidriges Handeln. Der persönliche Schuldvorwurf kann fehlen, wenn auch im gegenseitigen Vertrag nicht ohne weiteres die Regel gilt, daß nur der Rechtstreue Rechtstreue verlangen kann. Die Pflichtverletzung einer Vertragspartei läßt grundsätzlich die Pflichten des anderen unberührt, es sei denn, zwischen dem Unrecht des Gegners und der von ihm beanspruchten Rechtsposition besteht ein innerer Zusammenhang, d.h., der andere hat sich durch rechtswidriges Verhalten eine zusätzliche Rechtsposition geschaffen.<sup>2</sup>

- 
- 1 RGZ 130, 216; 79, 197; RG in JW 1928, 2972; RG in WarnRspr 1934 Nr. 46, S. 100; Soergel-Schröder § 853 Anm. 1 u. 2; Staud.-Weber § 242 Anm. D 396; BGB-RGRK-Kreft § 853 Anm. 1; Erman-Drees § 853 Anm. 1; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 550, S. 372; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 60 Nr. 10, Art. 31 Nr. 13; Oser in Zür. Ko. Bd. V, 1 Art. 60 Nr. 16;
- 2 RGZ 160, 358; 167, 65 u. 257; 157, 74 u. 75; BGE 84 II, 424 ff E 3; ZBJV 95, (1959) 481, 482; BGB RGRK-Nastelski § 242, Anm. 151; Esser, Schuldrecht § 34, 4, S. 114; Enn.-Nipperdey § 239 IV 1 b, S. 1444 FN 33; Staud.-Weber § 242 Anm. D 395; Soergel-Siebert § 242 Anm. 138; anderer Meinung: Wieacker, Präzisierung des § 242 S. 31 (tu quoque-Regel); Merz in Berner Ko. I, 1 Nr. 543 S. 371; Nr. 547, S. 371; Nr. 582, S. 379; Merz in ZSR 80, 1 (1961), S. 364; BGE 64, II, 439; 60 II, 100 u. 108 E 4; 58 II, 18 u. 19

Die Beispiele sind vielgestaltig. Der Einwand des unredlichen Rechtserwerbes kann sich gegen die arglistige Begründung eines Gerichtsstandes<sup>1</sup> richten wie auch gegen Rechtsbehelfe, die gesetzes- oder pflichtwidrig geschaffen worden sind<sup>2</sup>. Der Vermieter kann sich nicht auf den vertraglichen Verrechnungsausschluß berufen, wenn er behördlich nicht bewilligte Zinsen bezogen hat, und der Mieter nun seinen Rückforderungsanspruch laufend mit den fällig werdenden Zinsraten verrechnet.<sup>3</sup> Der Versicherungsnehmer, der vor Eintritt des Schadensfalles vorsätzlich eine Obliegenheit verletzt hat, kann nicht vom Versicherer die Auszahlung der Versicherungssumme verlangen.<sup>4</sup> Geht eine verzögerte Prämie ungeachtet wiederholter Mahnungen erst nach dem Schadensereignis, aber vor Ansprucherhebung ein, so führt dieses vertragswidrige Schuldnerverhalten nicht zu einer vorbehaltlosen Weiterführung des Versicherungsverhältnisses.<sup>5</sup> Wer durch Geheimnisverrat eine Erfindung offenkundig gemacht hat, kann keine Patentnichtigkeitsklage wegen Offenkundigkeit anstrengen.<sup>6</sup>

---

1 BGE 83 II, 347 ff;

2 RGZ 160, 358

3 BlZR 58 (1959) Nr. 5 S. 14, 17 u. 18;

4 RGZ 157, 67

5 RGZ 156, 382; 162, 243;

6 BlZR 38 (1939) Nr. 138 S. 338;

## B) Frankreich und Belgien

### I. Allgemeines

Im Code civil fehlt eine positive Regelung des Rechtsmißbrauchs (abus de droit) ähnlich dem Art. 2 II im schweizerischen ZGB.<sup>1</sup> Der Geist der Aufklärung und der französischen Revolution hat die natürlichen Rechte des einzelnen<sup>2</sup> und den Grundsatz der Willensautonomie betont. Zur freien Entfaltung des einzelnen sollten seine subjektiven Rechte uneingeschränkt ausübbar sein. In Verkennung des Gesamtzusammenhangs verwies man auf die römisch-rechtliche Regel: "neminem laedit qui suo iure utitur"<sup>3</sup>. Seitdem der Colmarer Gerichtshof<sup>4</sup> einen nachbarrechtlichen Streit über die Errichtung eines falschen Schornsteins gegen den Eigentümer entschied, wurde zunächst für das Eigentumsrecht am Beispiel des Neidbaus, später ganz allgemein anerkannt, daß allen subjektiven Rechten eine

---

1 in französischer Sprache lautet Art. 2 II ZGB:  
L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

2 vgl. Art. 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1791: "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce que ne nuit pas à autrui: aussi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits". Maz.-Tunc, responsabilité civile, Nr. 417, S. 477 note 1 bis

3 Gaius in Dig. L. 17, 55: nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur; Paulus in Dig. L. 17, 151: nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet. Maz.-Tunc, responsabilité civile, Bd. I Nr. 555, 556, S. 629, 630; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. vol. Nr. 417 S. 412 note 2; Ripert-Esmein, droit civil, Bd. VI Nr. 573, S. 798, 799;

4 Colmar 2. mai 1855 = DP 1856, 2, 9;

grenze innnewohnt: "le droit cesse où l'abus commence"<sup>1</sup>. Ganz allgemein läßt sich der abus de droit definieren als: "l'exercice d'un droit subjectif déterminé, qui contient une violation des principes fondamentaux de l'ordre juridique, et cela dans le cas où cet exercice est générateur de dommages pour autrui".<sup>2</sup>

Der Bedürfnis nach einer Anpassung des Code civil an die sozialen Zeiterfordernisse entsprach der Gesetzgeber nur unzureichend in zahlreichen Abänderungs- und Ergänzungsgesetzen, in denen er bei der Ausübung vertraglicher Rechte ernsthafte und begründete Motive (motifs sérieux et fondés) und gegenseitige Rücksichtnahme verlangt.<sup>3</sup> Die Commission de la réforme du Code civil hat vorgeschlagen, die Regel vom abus de droit zusammen mit den übrigen allgemeinen Rechtsprinzipien (principes généraux) an den Anfang des Code civil zu stellen, wie es in Art. 2 II

- 
- 1 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1.Vol.Nr.415, S.412 note 4; Ripert-Boulanger, droit civil Bd.II Nr.965, S.363; Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr.456, S.390, 391; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.553, S.628, 629; de Page, droit civil belge, Bd.I Nr.112, S.164, 165; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.1106, S.626, 627; David, le droit français Bd.I, S.178; Jossierand, abus dans l'exécution des contrats, 1939 2.éd.No.119, S.162, 163; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss.Lyon 1936 Nr.44 bis 46, S.57-60; Campion, la théorie de l'abus des droits, Nr.20 S.15; Nr.31 S.23; Dolder, Die Lehre vom Rechtsmißbrauch, Diss. Basel 1952, S.22, 23;
  - 2 Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr.57 S.75;
  - 3 Art.1780 Cc (geändert durch loi du 27.déc.1890) und Art.23, livre I du code du travail (loi du 19.juillet 1928); Art.1869 und 1870 Cc loi du 27.déc.1890; Art. 21 de la loi du 1.sept.1948; art.19 du décret-loi du 30.sept.1953; Art.78 de la loi du 1.sept.1948; Art. 846 du code rural; Art.223 Cc (loi du 22.sept.1948); Art.453 u. 471 du Code de procédure civile par le décret Nr. 58-1287 du 22. déc. 1958;

des schweizer. ZGB erfolgt ist.<sup>1</sup> Es bleibt zu prüfen, inwieweit die Aufgabe, das unzulänglich gewordene Recht den veränderten Verhältnissen und Anschauungen anzupassen, der Lehre vom abus de droit zugefallen ist.

## II. Théorie de l'abus de droit

Der abus de droit wird als schadensbegründendes Verhalten (faute) im Rahmen der unerlaubten Handlung verstanden (Art. 1382 ff Cc): "l'abus de droit c'est la faute dans l'usage d'un droit".<sup>2</sup> Im französö-

1 Travaux de la commission, Bd. VI, années 1950-1951 S. 24-26; Art. 147 de l'avant projet du code civil: "toute acte ou tout fait qui exède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur." vgl. Maz.-Tunc, responsabilité civile Nr. 592 S. 673 note 3-bis; David, le droit français, Bd. I S. 179; so auch schon Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 No. 58 S. 77; vgl. auch: Art. 74 II du projet de code franco-italien des obligations: "doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi pour par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré." vgl. Maz.-Tunc, responsabilité civile, Bd. I Nr. 574 S. 642;

2 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 417 bis, S. 415; Carbonnier, droit civil Bd. II Nr. 178, S. 615; Colin-Capitant-Morandière, droit civil, Bd. II Nr. 1115, S. 634; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 578, S. 809; Demogué, obligations, Bd. IV Nr. 686, S. 373; Bersaques, in Revue critique de jurisprudence belge 7 (1953) S. 273 Nr. 2; S. 282 Nr. 17; S. 287 Nr. 23; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr. 116, S. 140; Josserand, l'esprit des droits Nr. 240, S. 326; Nr. 284 bis, S. 385; Campion, la théorie de l'abus des droits Nr. 432, S. 311; Lesourd, l'abus de droit en droit français, in: annuario di diritto comparato e die studi legislativi, 1961, S. 145;

sischen und belgischen Vertragsrecht gibt es eine vertragliche Haftung im Falle der Nichterfüllung von Vertragspflichten (Art. 1146 ff. Cc).<sup>1</sup> Rügt das Opfer eine mißbräuchliche Abwicklung des Vertrages, so ist bzw. wird der Vertrag erfüllt, nur ist bei der Abwicklung ein Schaden entstanden, der Wiedergutmachung verlangt. Da kein Fall der Nichterfüllung vorliegt, greift statt der vertraglichen die deliktische Haftung ein.

In ähnlicher Richtung gehen die Überlegungen bei der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen. Die mißbräuchliche Kündigung von Verträgen bedeutet, daß der Vertrag beendet ist, also kann nur noch ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung eine Wiedergutmachung bewirken.

Dogmatische Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen Rechtsmittel mißbraucht werden (abuser des voies de droit), um eine Verzögerung der Vertragserfüllung zu erreichen. Es handelt sich um den Mißbrauch eines außervertraglichen Rechtes, nämlich des Rechtes, eine gerichtliche Entscheidung herbeizurufen, der auf eine Nichterfüllung der Vertragspflicht zielt. Da ein Fall der Nichterfüllung vorliegt, bleibt dem Betroffenen die Wahl zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen, eine Anspruchskonkurrenz gibt es im französischen Recht nicht.<sup>2</sup> Von dieser Ausnahme abgesehen stellt sich die Frage nach dem Rechtsmißbrauch bei der Vertragsabwicklung im französischen

---

1 Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 401, S. 320  
2 l'impossibilité du cumul des deux ordres de responsabilité: Paris 23. nov. 1949 = D 1950, 165 et note; Req. 8. mars 1937 = S 1937, 1, 241; Civ. 21. janv. 1890. = DP 1891, 1, 380; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 182-206, besonders Nr. 207, S. 260, 261; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 925, S. 896, 897

und belgischen Recht als Schadensersatzanspruch im Rahmen der unerlaubten Handlung.<sup>1</sup>

Anders als § 823 BGB enthält der generalklauselartig gefaßte Art. 1382 Cc nur 3 Voraussetzungen: Zufügung eines Schadens (dommage), Vorliegen eines schadensbegründenden Verhaltens (faute, der Begriff der faute umfaßt: willentliche Handlung, objektive Rechtswidrigkeit und subjektive Zurechenbarkeit = Verschulden, élément objectif et subjectif) und Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden (lien de causalité oder lien de cause à effet entre la faute et le dommage).<sup>2</sup>

- 1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr.559, S.633, 634; Nr. 122, S.152; Nr.591, S.633 ff; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1113, S.632; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 974, S.368;
- 2 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr.207, S.361; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1068, 1069, S. 602; Nr. 1092, S.616; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol., Nr. 374, S. 352; de Fage, droit civil belge Bd. II Nr.939, S.933; Nr.947, 948, S. 946; Nr. 954, S. 959; Art. 1382 Cc: "tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" = "Jede Handlung eines Menschen, die einem anderen einen Schaden verursacht, verpflichtet den, durch dessen Verschulden derselbe entstanden ist, ihn zu ersetzen." Art. 1383 Cc: "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence" " "Jeder ist verantwortlich nicht nur für den Schaden, den er durch sein positives Handeln, sondern auch für den, den er durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat."
- vgl. Art. 41 I OR: "Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet."

Ursprünglich war die Schadensersatzpflicht nach Art. 1382 Cc auf die gesetzeswidrigen Handlungen (*actes illicites ou illégaux*) beschränkt.<sup>1</sup> Der Geschädigte mußte in einem ausdrücklich vom Gesetz anerkannten Recht verletzt worden sein, damit eine objektive Widerrechtlichkeit anerkannt wurde. Heute gilt die Ansicht, daß auch bei der Ausübung von Rechten ein schadensbegründendes Verhalten (*faute*) vorliegen kann. Die *actes abusifs* (*théorie de l'abus de droit*) finden Eingang in den erweiterten Begriff der *faute*. Die Haftung aus unerlaubter Handlung greift ein, wenn eine *faute* feststellbar ist, und zwar die Haftung für absichtlich unerlaubte Handlung im Falle der Arglist (*dol = responsabilité délictuelle*) und die Haftung für unabsichtlich unerlaubte Handlung im Falle der Fahrlässigkeit (*négligence ou imprudence lourde et légère = responsabilité quasi-délictuelle*).<sup>2</sup>

Da der *abus de droit* als unerlaubte Handlung (*délit civil*) gesehen wird, besteht die Sanktion in einer Schadensersatzpflicht. Neben der ersatzweisen Entschädigung (*réparation en équivalent = dommage - intérêts*) kommt vor allem der Naturalersatz (*réparation en nature*) zur Anwendung.<sup>3</sup>

1 Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 1095, S. 618;

2 Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 1040, S. 580; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II Nr. 444, S. 369; Pothier, *obligations* Bd. I Nr. 116, S. 105; Dolder, *Die Lehre vom Rechtsmißbrauch*, Diss. Bern 1952, S. 25-30;

3 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd. II 1. Vol. Nr. 417 bis, S. 415; Maz.-Maz. *droit civil* Bd. II Nr. 460; Durand, *droit des obligations* Nr. 55, S. 133; Demogue, *obligations* Bd. IV, Nr. 690, S. 378, 379; Bonnacase, *supplément* Bd. III Nr. 235, S. 465; de Page, *droit civil belge* Bd. I Nr. 115, S. 169; Bersaques, in: *revue critique de jurisprudence belge* 7 (1953), S. 276, 277; Nr. 8; Jossierand, *abus dans l'exécution des contrats*, Nr. 326 ff, S. 432 ff; Campion, *la théorie de l'abus des droits*, Nr. 435 ff, S. 314 ff.

Erst in der neueren Lehre taucht unter dem Einfluß der deutschen und schweizer. Auffassung vom Rechtsmißbrauch der Gedanke auf, den abus de droit einredeweise im Sinne der exceptio doli geltend zu machen.<sup>1</sup>

Dem deutschen Verständnis des § 242 BGB folgend ist vorgeschlagen worden, den Begriff des abus de droit als Kehrseite der bonne foi contractuelle zu verstehen und weiterhin das Gebot der bonne foi im Sinne von Treu und Glauben über das Vertragsrecht hinaus zu einem allgemeinen Rechtsprinzip auszugestalten. Dieser Gedankengang wird abgelehnt. Da das Gebot der bonne foi nur das Vertragsrecht betrifft (vgl. Wortlaut und Stellung des Art. 1134 III Cc im Code civil), das Verbot des abus de droit aber für die ganze Rechtsordnung gilt, erscheint es unlogisch, das umfassendere Rechtsinstitut des abus de droit als Kehrseite des engeren Begriffs der bonne foi contractuelle zu definieren.<sup>2</sup>

Auch der Begriff der équité erscheint als Rechtsregel zu unbestimmt, um damit die Lehre vom abus de droit zu rechtfertigen, selbst wenn aus der Schuldnersicht festgestellt wird, daß bei einer mißbräuchlichen

---

1 Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1115, S. 634; Ripert, la ~~régle~~ morale, 1949 4.éd. Nr. 94, S. 165, 166; Dolder, Die Lehre vom Rechtsmißbrauch, Diss. Bern 1952, S. 42;

2 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, Nr. 50, S. 80, Nr. 74, S. 141-143; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr. 151, S. 201; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI, Nr. 579, S. 809; Demogue, obligations Bd. IV Nr. 657, S. 341; Bersaques in revue critique de jurisprudence belge 7 (1953) Nr. 15, S. 281; de la Massué in rev. trim.dr.civ. 1948, S. 35;

Rechtsausübung die Schuldnerinteressen unbillig verletzt werden. Nur unausgesprochen steht hinter der Lehre vom abus de droit eine Ausrichtung der Rechtsausübung an den Forderungen der Moral und der sozialen Nützlichkeit (morale et utilité sociale). Der Richter hat die Befugnis, den Umfang subjektiver Rechte einzuschränken, eine Aufgabe, welche den Rahmen der unerlaubten Handlung, überhaupt der zivilrechtlichen Haftung überschreitet. Bei der Einordnung des abus de droit unter den Begriff der faute des Art. 1382 Cc wird eine moralische Wertung vorgenommen.<sup>1</sup>

Es ist darzustellen, wie weit die französische und belgische Lehre vom abus de droit für die Vertragsabwicklung zu Lösungen gefunden hat, die der deutschen und schweizer. Rechtsmißbrauchslehre entsprechen.

---

<sup>1</sup> Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 970, S. 366; David, le droit français Bd. I S. 180; Bonnet, droit civil Bd. II Nr. 341 und 343, S. 338-340; Savatier, responsabilité civile Bd. I Nr. 39, S. 54; Ripert, la règle morale 4. éd. 1949 Nr. 89, S. 158, 159. Nr. 95, S. 166, 167; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr. 48, S. 62; de Page, droit civil belge Bd. I, Nr. 114, S. 168; Bersaques in revue critique de jurisprudence belge 7 (1953), S. 274 Nr. 4, S. 282 Nr. 17; Lesourd, l'abus de droit en droit français, in annuario di diritto comparato e di studi legislativi 1961, S. 145; Trib. civ. Sedan 17. déc. 1901, = S 1904, 2, 217; : "Limitation du droit de propriété que commande la morale et l'équité la plus vulgaire."

### III. Bloße Schikane- und Schädigungsabsicht

Vergleichbar dem deutschen und schweizer. Recht ist die bloße Schädigungsabsicht bei der Rechtsausübung (*exercice d'un droit dans l'intention de nuire*) der Ansatzpunkt, an welchem sich im 19. Jahrhundert die Lehre vom *abus de droit* entwickelt hat. Gefordert wird die subjektive Schädigungsabsicht, zumindest aber, wenig abgemildert, das Schädigungsbewußtsein.<sup>1</sup> Wer ein Recht ohne irgendeinen persönlichen Nutzen ausübt, nur um einem anderen einen Schaden zuzufügen, den trifft ein deliktisches Verschulden in Form der Arglist (*faute délictuelle = dol*, Art. 1382, 1383 Cc).<sup>2</sup>

Da die Schädigungsabsicht regelmäßig als unausgesprochener Beweggrund des rechtsmißbräuchlich Handelnden für den Geschädigten schwer nachweisbar ist, hat die Rechtsprechung ohne Zögern objektive Kriterien zur Ermittlung der Schädigungsabsicht angewandt. Die Rechtsausübung ist mißbräuchlich, wenn sie ohne ein objektiv erkennbares Interesse für den Ausübenden erfolgt. Die aus den Umständen zu schließende objektive Nutzlosigkeit beweist eine zugrundeliegende Schädigungsabsicht des Gläubigers (*exercice d'un droit sans intention de nuire, mais aussi sans intérêt, sans motif légitime*).

1 Bonnecase, supplément, Bd. III Nr. 229, S. 450-454; Lesourd, *l'abus de droit en droit français*, in *annuario di diritto comparato e die studi legislativi*, S. 45; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 77;

2 Maz.-Tunc, *responsabilité civil* Bd. I Nr. 409, S. 470; Nr. 563, 564 S. 635; Colin-Capitant-Morandière, *droit civil* Bd. II Nr. 1109, S. 628, 629; Maz.-Maz. *droit civil* Bd. II Nr. 458, S. 392; Demogue, *obligations*, Bd. IV Nr. 686 S. 373, 374; Aubry-Rau-Esmein, *droit civil*, Bd. VI § 444 b, S. 432; Pothier, *obligations* Bd. I Nr. 116, S. 105;

Hinter dieser vernünftigen Überlegung steht ein bestimmtes Verständnis der faute im Rahmen der unerlaubten Handlung. Die objektive Nutzlosigkeit der Rechtsausübung beweist ein grob fahrlässiges Handeln (*négligence lourde ou grave*). Damit haftet der Handelnde für eine unabsichtliche unerlaubte Handlung nach Art. 1362, 1383 Cc (*responsabilité quasi-délictuelle*).<sup>1</sup>

Am häufigsten ist die Schädigungsabsicht bei objektiver Nutzlosigkeit am Neidbau im Eigentumsrecht feststellbar. Gerade nachbarliche Reibereien und Feindseligkeiten verleiten, den anderen durch böswillige Maßnahmen zu schädigen.<sup>2</sup>

Im übrigen sind alle Rechte, auch die vertraglichen, geeignet, in Schädigungsabsicht mißbraucht zu werden.<sup>3</sup>

Das Kündigungs- und Vertragsauflösungsrecht kann ohne berechtigtes Interesse ausschließlich zur Benachteiligung des Vertragspartners mißbraucht

---

1 Civ. 14.nov.1922 = DP 1925, 1, 145; Civ. 3. août 1915 = S 1920, 1, 300; Req. 10. juin 1902 = D 1902, 1, 454; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr. 569, S. 638 note 1; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 574, S. 800, 801; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr. 140, S. 137, 138; Josserand, de l'esprit des droits et de leur relativité, Nr. 283, S. 382; Bonnecase, supplément Bd. III Nr. 230, S. 455, Nr. 232, S. 459;

2 Colmar 2. mai 1855 = D 1856, 2, 9; Paris 2. déc. 1871 = DP 1873, 2, 185; Req. 3. août 1915 = DP 1917, 1, 79; S 1920, 1, 300; Civ. 29. mai 1937 = DH 1937, 393; Trib.civ.Séden 17. déc. 1901 = S 1904, 2, 217; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1112, S. 631; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 417 ter, S. 417; Lalou, responsabilité civile, Nr. 885, S. 517; Maz.-Tunc, responsabilité civile, Bd. I Nr. 565, S. 636; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 972, S. 366; Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr.459, S. 394; Nr. 1340, S. 1059;

3 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.583, S.646

werden.<sup>1</sup> Bei der Kündigung von auf unbestimmte Dauer eingegangenen Dienstverträgen (*louage de service à durée indéterminée*) entstehen Schadensersatzansprüche, falls die Kündigung ohne berechtigten Grund erfolgt.<sup>2</sup> Gleiches gilt bei der Kündigung gemieteter Geschäftsräume und Wohnräume ebenso wie bei der Verpachtung landwirtschaftlicher Grundstücke.<sup>3</sup> Für den Auftrag gewährt Art. 2004 Cc ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Aber eine *faute* liegt vor, wenn der Nachweis gelingt, daß ohne legitimes Interesse und ohne genügende Rücksichtnahme auf den anderen gekündigt wird.<sup>4</sup> Das für den Kaufvertrag vereinbarte Rücktrittsrecht ist auch nur aus berechtigtem Anlaß ausübbar.<sup>5</sup> Das bei einer Hotelreservierung vereinbarte Kündigungsrecht darf nicht als Repressalie gegen Schadens-

---

1 Ripert-Boulanger, *droit civil* Bd. II Nr. 974, S. 368

2 *Civ. Sec. soc.* 17. janv. 1957 = D 1957, 197; *Civ. Sec. soc.* 21. juillet 1941 = DA 1941, 361; *Civ. Sec. soc.* 6. mai 1940 = DA 1941 *Somm.* 2; *Civ. Sec. soc.* 5. déc. 1940 = DA 1941 *Somm.* 10; *Civ.* 18. mars 1930 = DP 1930, 1, 71; *Civ.* 22. déc. 1920 = DP 1921, 1, 35; Art. 23 du livre I<sup>er</sup> du Code du travail, modifié par la loi du 19. juillet 1928; Lalou, *responsabilité civile* Nr. 872, S. 511; Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Bd. I Nr. 584, S. 647;

3 Art. 21 de la loi du 1. sept. 1948, vorher Art. 5 II de la loi du 1. avril 1926; Art. 8 u. 19 du décret-loi du 30. sept. 1953; Art. 846 du Code rural; *Civ. Sec. com.* 13. avril 1961 = D 1961, 420; *Civ. Sec. com.* 10. mars 1959 = D 1959, 336; *Civ. Sec. soc.* 7. juin 1951 = D 1952, *Somm.* 30; Lalou, *responsabilité civile* Nr. 870, S. 510, 511; Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Nr. 586, S. 650 ff.

4 *Trib. civ. Seine* 30. nov. 1955 = D 1956, 92; Paris, 28. u. 31. janv. 1953 = D 1953, 617; *Civ. Sec. soc.* 11. juin 1953 = D 1953, 611; Paris 30. oct. 1950 = *Gaz Pal* 1950 II, 405; *Civ.* 13. janv. 1941 = S 1941, 1, 124; *Req.* 30. oct. 1940 = *Gaz Pal* 1940 II, 262; Maz.-Tunc *responsabilité civile* Bd. I Nr. 584-2, S. 649;

5 *Trib. com. Seine* 16. déc. 1919, Marseille 3. févr. 1920, Perpignan 10. févr. 1920, Seine 7. mai 1920 = D 1920, 2, 33 et note Ripert; Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Bd. I Nr. 585, S. 650;

ersatzansprüche des Hoteliers aus mangelhaften früheren Kündigungen ausgeübt werden.<sup>1</sup> Art. 4 de la loi du 11. févr. 1950 regelt, daß der Streik nicht den Arbeitsvertrag bricht, außer es liegt ein zurechenbares schweres Verschulden des Arbeitnehmers vor. Als ein Rechtsmißbrauch, der eine Kürzung des Gehalts und selbst die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrags rechtfertigt, ist anerkannt der Streik durch passiven Widerstand ( grève perlée) ebenso wie der politische Streik.<sup>2</sup> Schließlich liegt eine mißbräuchliche Vertragsabwicklung vor, falls die Zahlung von Schulden nur abgelehnt wird, um dem Gegner Unkosten zu bereiten. Gleiches gilt vom Führen aussichtsloser Prozesse, dem Einlegen aussichtsloser Rechtsmittel und der völlig nutzlosen, schikanösen Pfändung.<sup>3</sup> Das Wahlrecht des Schuldners nach Art. 1253 Cc bei der Bezahlung mehrerer Schulden darf nicht in ausschließlicher Schädigungsabsicht gegenüber dem Gläubiger ausgeübt werden.<sup>4</sup>

---

1 Bruxelles 6. févr. 1961 = jurisprudence commerciale de Bruxelles 1962 S. 424;

2 Civ.Sec.soc. 4.mai 1960 = D 1960 Somm.100; Civ.sec.soc. 13.janv.1960 = D 1960 Somm.94; Civ.Sec.soc. 5. oct. 1960 = D 1960, 710; Civ.Sec.soc. 7.janv.1960 = D 1960 Somm.64; Civ.Sec.soc. 4.mai 1960 = D 1960, 555; Civ.Sec.soc. 17.avril 1958 = D 1958 Somm.84; Civ.Sec.soc. 20.mai 1955 = D 1956 Somm.70 Civ.Sec.soc. 23.mars 1953 = D 1954, 89; Trib.Civ. Seine 21.avril 1948 = S 1948, 2, 76; Trib.Civ.Ver-sailles 30.avril 1948 = Rev.trim.dr.civ. 1948, S.353 Lalou, responsabilité civile Nr. 863, S. 505; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 590, S.657 ff Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1113, S. 632 note 4; Maz.-Maz. droit civil Bd.II Nr. 459, S. 394;

3 Req. 10. mai 1937 = DP 1937, 1, 82; Req. 27.janv. 1931 = DP 1931, 1, 165; Req. 14. janv. 1930 = DH 1930, 114; Paris 27. juillet 1919 et 24.févr. 1920 = DP 1920, 2, 104; Lalou, responsabilité civile Nr. 879, 880, 882 S. 513; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 113, S.632;

4 Civ. 14.nov.1922 = DP 1925, 1, 145;

Der Bereich des französisch-belgischen Rechtsmißbrauchskriteriums der Schikane- und Schädigungsabsicht entspricht im deutschen Recht ungefähr dem der §§ 226, 228 BGB, obwohl im französischen und belgischen Recht entscheidend ist, daß im Rahmen der unerlaubten Handlung ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges, schädigendes Verhalten festgestellt wird (faute délictuelle = dol et faute quasi-délictuelle lourde = négligence lourde). Es ist der unbestrittene, aber enge Anwendungsbereich der théorie de l'abus de droit, da sowohl die Fälle der Schikane- und Schädigungsabsicht als auch die der völlig unnützen, ohne berechtigtes Interesse erfolgten Rechtsausübung bei der Vertragsabwicklung selten sind. (exercice d'un droit dans l'intention de nuire ou sans intérêt, sans motif légitime).

#### IV. Rechtsmißbrauch und Rechtsausübung in irgendeinem Interesse

Schwierig wird die Feststellung einer mißbräuchlichen Rechtsausübung, falls sie weder in nachweislicher Schädigungsabsicht noch ohne jegliches objektive Interesse erfolgt. Dies sind die bei der Vertragsabwicklung häufigsten Fälle. Da irgendein Rechtsausübungsinteresse vorliegt, ist ein Verschulden weder als Arglist noch als grobe Fahrlässigkeit gegeben, welches die Rechtsausübung als mißbräuchlich ausweist.<sup>1</sup> Die Lösung ergibt sich mittels Anwendung des umfassenden Verschuldensbegriffes. Bei der Ausübung von Rechten bestimmt auch die Verschuldensform der leichten Fahrlässigkeit, ob ein *abus de droit* vorliegt.<sup>2</sup> Die *théorie de l'abus de droit* ist in der Lehre von der *faute* aufgegangen und wird als unerlaubte Handlung (Art. 1382 ff Cc) gesehen. Zwar kommt ihr im französischen und belgischen Recht das Verdienst zu, die Unzulänglichkeit der Formel "*neminem laedit qui suo iure utitur*" aufgedeckt zu haben<sup>3</sup>, heute beschreibt sie eine bestimmte Art der *faute délictuelle* ou *quasi-délictuelle*, nämlich das Verschulden bei der Ausübung von Rechten.<sup>4</sup> Alle anderen Lösungsvorschläge der Lehre haben sich nicht durchgesetzt.

Die Beschränkung des *abus de droit* auf die Schädigungsabsicht erweist sich als unzulänglich, um den

1 Maz.-Tunc, *responsabilité civil* Bd.I Nr.570, S.639 note 1;

2 Maz.-Tunc, *responsabilité civil* Bd.I Nr.576, 577, S. 643-644; Bersaques in *revue critique de jurisprudence belge* 7 (1953), S. 276 Nr.7;

3 Ripert, *la règle morale* Nr. 90, S. 159, 160;

4 Maz.-Tunc, *responsabilité civil* Bd.I Nr. 581, S.645, 646;

Erfordernissen eines modernen Rechtes zu genügen.<sup>1</sup>

In der Lehre ist darauf hingewiesen worden, daß jedem subjektiven Recht ein but social innewohnt. Jede Rechtsausübung entgegen der wirtschaftlichen und sozialen Bestimmung stellt eine unnormale und daher mißbräuchliche Handhabung dar.<sup>2</sup> Die französische und belgische Rechtsordnung folgt diesen Überlegungen nicht, da sie die Verweisung auf die soziale Funktion des Rechtes für zu wenig bestimmt hält. Aus einer sich ständig ändernden Sozialordnung lassen sich für die Frage nach der zulässigen bzw. unzulässigen Rechtsausübung keine zuverlässigen Maßstäbe gewinnen.<sup>3</sup>

Auf der Suche nach einem allgemeinen Maßstab für die Lehre vom abus de droit ist vorgeschlagen worden, die Zulässigkeit der Rechtsausübung aus der Sicht des Berechtigten zu entscheiden. Jede Rechtsausübung muß von einem rechtmäßigen Motiv (motif lé-

1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr.571, S.639; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 458, S. 392; Markovitch, la théorie de l'abus des droits en droit comparé, Diss. Lyon 1936, Nr. 105, S. 128; Josserand, de l'esprit des droits Nr. 291 ff, S. 394 ff.

2 Campion, la théorie de l'abus des droits, Bruxelles 1925 Nr. 427, 428 S.309,310; Markovitch, la théorie de l'abus des droits, en droit comparé, Diss. Lyon 1936 Nr. 125-128, S. 151-156; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. I Nr. 572, S. 640; de Page, droit civil belge Bd.I Nr.113, S. 165; Josserand, de l'esprit des droits Nr. 291 ff, S.294 ff.

3 Rennes 20.juin 1932 = GazPal 1932 II,516; Capitant, sur l'abus des droits in Rev.trim.dr.civ.1928,S.375; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.573,S.641; Maz.-Maz. droit civil Bd.II Nr.458, S.393; Ripert-Boulanger, droit civil Bd.II Nr. 968, S. 365; Aubry-Rau-Esmein, droit civil Bd. VI § 444 bis S.461;

gitime) getragen sein, falls sie nicht als mißbräuchlich eingestuft werden soll.<sup>1</sup> Zugunsten dieser Gedankengänge sprechen häufig in den Entscheidungen auftauchende Formulierungen wie "défaut d'interêt sérieux et légitime, motif légitime"<sup>2</sup> und neuere gesetzliche Regelungen.<sup>3</sup> Die Gerichte und der Gesetzgeber wollen damit einfach auf das Fehlen eines objektiven Rechtsausübungsinteresses hinweisen, um von daher auf eine Schädigungsabsicht zu schließen. Bei der Ausübung von vertraglichen Rechten ist stets zu prüfen, ob eine Haftung aus unerlaubter Handlung eingreift, weil eine faute des Berechtigten vorliegt. Dabei wird das Verhalten des Berechtigten beurteilt, nicht die soziale Funktion des Rechts oder das Vorliegen eines berechtigten Interesses des Rechtsausübenden (but social ou motif légitime).<sup>4</sup>

---

1 *Campion, la théorie de l'abus des droits*, Bruxelles 1925, Nr.425,426, S.307,308; *Josserand, de l'esprit des droits*, Paris 1939 Nr. 287,288, S. 388, 389; Nr. 296, 297, S. 400-403; *Ripert, la règle morale*, 1949 Nr. 103, S. 179-183; *Capitant, sur l'abus des droits*, in *Rev.trim.dr.civ.* 1928, S. 369, 370;

2 *Civ.* 12.déc.1925 = *S* 1926,1,15; *Req.* 5.nov.1923. = *DP* 1924,1,11; *Civ.* 14.nov.1922 = *DP* 1925,1,145; Paris, 21. oct. 1941 = *GazPal* 1941 II, 490; *Trib. Civ. Compiègne* 19. févr. 1913 = *DP* 1913,2,177; *Rennes* 20.juin 1932 = *GazPal* 1932 II,516; *Namur* 24.déc.1935 = *Pas b* 1937 III, 59;

3 *Art. 23 code de travail*; *Art. 21 de la loi du 1. sept.1948*; *Art. 846 code rural*;

4 *Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1.Vol.Nr.417 bis*, S. 415; *Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.575*, 576,S.642 bis 645; *Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr. 458,S.393*; *Savatier, responsabilité civile Bd.I Nr. 39*, S. 55; *Bonnecase, supplément Bd.III Nr.233*, S.459-463;

V. Unnütze Rechtsausübung, krasses Mißverhältnis der Interessen und schonende Rechtsausübung

Insgesamt gesehen erlangt die Lehre vom abus de droit bei der Vertragsabwicklung nicht eine dem deutschen und schweizer. Recht vergleichbare Bedeutung. Das liegt nicht nur an der konstruktiven Unhandlichkeit, stets eine faute im Sinne des Art. 1382 Cc feststellen zu müssen, sondern auch daran, daß sich die französische und belgische Rechtsordnung noch anderer Wege bedient, um eine redliche Vertragsabwicklung zu erreichen und die Rechte des Gläubigers in angemessenen Schranken zu halten.<sup>1</sup>

Mittels Artikel 1244 II Cc kann der Richter in Ausübung eines unabhängigen Beurteilungsermessens die wirtschaftliche Situation des zahlungswilligen, aber in einer Geldverlegenheit befindlichen Schuldners berücksichtigen und ihm Zahlungsaufschub sowie die Möglichkeit von Teilleistungen gewähren.<sup>2</sup> Damit ist auch entschieden, daß der Gläubiger redlicherweise nicht die sofortige Erfüllung verlangen kann.

Ähnlich wertet der Richter nach Art. 1184 Cc die Vertragspflicht trotz vorhandener Unzulänglichkeiten als redlicherweise erfüllt und lehnt das Begehren des Gläubigers nach Vertragserfüllung ab, d.h. er stellt fest, daß ein solches Gläubigerverlangen unberechtigt ist.<sup>3</sup>

Art. 1144 Cc räumt dem Richter das Recht ein, bei Nichterfüllung von Handlungspflichten (obligations de faire) eine gleichwertige Ersatzvornahme anzuordnen (exécution par équivalent). Ähnlich er-

1 Bersaques, abus de droit, in Rev.critique de jurisprudence belge, 7 (1953), S. 280, Nr. 15;

2 vgl. Ausführungen S. 64, 65, 68

3 vgl. Ausführungen S. 59, 60, 68

laubt Art. 1143 Cc für Unterlassenspflichten (obligations de ne pas faire) die Möglichkeit, alle entgegen der vertraglichen Pflicht vorgenommenen Maßnahmen beseitigen zu lassen. Aus dem Wortlaut "le créancier peut être autorisé" wird geschlossen, daß dem Richter auch noch andere Möglichkeiten offen stehen. In Ausübung seines freien Beurteilungsermessens kann er die ersatzweise Erfüllung ablehnen, falls die Unkosten im Vergleich zu dem bestehenden Schaden unverhältnismäßig hoch sind oder die verlangte Handlung außer Verhältnis zum erstrebten Gläubigervorteil steht. (krasses Mißverhältnis der Interessen)<sup>1</sup>.

Im übrigen verlangen zahlreiche Gesetze bei der Ausübung vertraglicher Rechte ernsthafte und begründete Motive, sowie eine gegenseitige Rücksichtnahme, d.h. schon der spezielle Wortlaut dieser den Code civil ergänzenden Gesetze schützt vor einer mißbräuchlichen Anwendung der darin geregelten Rechte.<sup>2</sup>

Da die französische und belgische Rechtsordnung ihre Lösungen zum abus de droit mittels eines erweiterten Verständnisses des Begriffes der faute im Rahmen der unerlaubten Handlung findet, können im übrigen die deutschen und schweizer. Kriterien des Rechtsmißbrauchs: unnütze Rechtsausübung, krasses Mißverhältnis der Interessen, schonende Rechtsausübung nur mittelbar bei der Prüfung der faute délict-

---

1 Bersaques, abus de droit, in Rev. critique de jurisprudence belge, 7 (1953) S. 280 Nr. 15; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 888, S. 495 note 1; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 783, S. 93, 94; Aubry-Rau-Bartin, droit civil Bd. IV, S. 62 note 14; Demogue, obligations Bd. VI, Nr. 142, S. 149, 150; Nr. 144, S. 152; Nr. 146, S. 154 note 5; Req. 23. mars 1909 = D 1910, 1, 343; Req. 31. oct. 1906 = D 1907, 1, 135; Civ. 2. févr. 1904 = D 1904, 1, 271; 2 vgl. Ausführungen S. 116 Anm. 3, S. 125 Anm. 3;

tuelle ou quasi-délictuelle Anklang finden.<sup>1</sup>

Der Gedanke der unnützen Rechtsausübung ist im Kriterium des exercice d'un droit sans intérêt zu erkennen. Das objektive Fehlen jeglichen Interesses an der Rechtsausübung beweist eine verborgene subjektive Schädigungsabsicht.<sup>2</sup> In manchen Überlegungen klingt auch die Regel an: dolo petit qui petit quod statim redditurus esset.<sup>3</sup>

Ein krasses Mißverhältnis der Interessen kennzeichnet die Fälle, in welchen der Gläubiger nur ein geringes Interesse an der Durchsetzung seines Anspruchs hat verglichen mit dem Schaden, der daraus dem Schuldner entsteht.<sup>4</sup>

Aus dem Begriff der faute ergibt sich auch im französischen und belgischen Recht das Gebot der schonenden Rechtsausübung. Hat ein Gläubiger die Möglichkeit, sein Recht in verschiedener Weise auszuüben bei gleichwertigem persönlichem Nutzen, so ist ihm untersagt, diejenige Form zu wählen, welche dem Vertragspartner einen Schaden zufügt.<sup>5</sup>

- 1 Lalou, responsabilité civile, Nr. 867, 2 b, S. 510;
- 2 vgl. Ausführungen S. 124, 125;
- 3 Civ. b 13. nov. 1953 = Pas b 1953 I, 158; Renard et Graulich, in Rev. trim. dr. civ. b. 1954, S. 193, 194 Nr. 22
- 4 Civ. 3. juin 1941 = GazPal 1941 II, 65; Civ. belge 13. nov. 1952 = Pas b 1953, 1, 158; Gand 20. nov. 1950 = Rev. critique de jurisprudence belge 7 (1953), S. 270; Namur 24. déc. 1935 = Pas b 1937 III, 58; Maz.-Tunc, responsabilité Bd. I Nr. 569, S. 639 note 6; Colin-Capitant-Morandiére, droit civil Bd. II Nr. 1112, S. 631; de Page, droit civil belge Bd. I Nr. 113, S. 166; Bersaques, in Revue critique de jurisprudence belge 7 (1953), S. 285 Nr. 21; Solust in Rev. trim. dr. civ. 1940, S. 612, 613
- 5 Civ. b 12. juillet 1917 = Pas b 1918 I, 65; Com. Bruxelles 12. oct. 1933 = jurisprudence commerciale de Bruxelles 1933, S. 400; Bruxelles 25. févr. 1963 = jur. com. de Bruxelles 1963, S. 426; Paris 28. oct. 1941 = Gaz Pal 1941 II, 490; Bersaques, in Rev. critique de jurisprudence belge 7 (1953), S. 276 Nr. 7 note 4; Josserand l'esprit des droit Nr. 27, S. 36, Nr. 283, S. 382; Campion, la théorie de l'abus des droits Nr. 473, S. 342;

Obt der Richter das ihm nach Art. 1184, 1244 II, 1143, 1144 Cc zustehende unabhängige Beurteilungsermessen aus, so geschieht dies vor allem unter Beachtung der Kriterien: unnütze Rechtsausübung, krasses Mißverhältnis der Interessen, schonende Rechtsausübung. Das bedeutet, der französische und belgische Richter kann diese im deutschen und schweizer. Recht häufigen Fälle der mißbräuchlichen Vertragsabwicklung auf Grund spezieller gesetzlicher Ermächtigungen abweisen, ohne daß es der Feststellung eines *exercice abusif d'un droit contractuelle* bedarf.

## VI. Verbot des widersprüchlichen Verhaltens

Das französische und belgische Recht kennt nicht den Begriff : *venire contra factum proprium* oder eine entsprechende Übersetzung des widersprüchlichen Verhaltens, die etwa "*agissement contradictoire*" oder "*attaquer son propre fait*" lauten könnte.

### 1. Stillschweigender Verzicht

Bei der Suche nach französischen und belgischen Lösungswegen, die den Gedanken der völligen Unvereinbarkeit der Verhaltensweisen und den der Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung berücksichtigen, ist zunächst festzustellen, daß im deutschen und schweizer. Recht beide Formen des *venire contra factum proprium* nicht scharf zu trennen sind.<sup>1</sup> Das Kriterium des Zeitablaufs bei der Verwirkung findet sich regelmäßig auch bei der völligen Unvereinbarkeit der Verhaltensweisen. Im übrigen ist es oft nur eine Auslegungsfrage, ob ein widersprüchliches Verhalten als Rechtsmißbrauch zu werten ist, oder

<sup>1</sup> Soergel-Siebert, § 242 Anm. 142;

ob nicht schon in dem ersten Verhalten ein stillschweigender Verzicht auf eine Rechtsposition zu sehen ist, welcher die spätere Berufung auf das angeblich bestehende Recht ausschließt.<sup>1</sup> Im französischen und belgischen Recht sind entsprechende Lösungen zum Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und zur Verwirkung zufolge verzögerter Rechtsausübung im Bereich des stillschweigenden Verzichts (*renonciation tacite*) zu suchen.

So kann sich der Käufer nach vorbehaltloser Annahme nicht mehr auf seine Unkenntnis sichtbarer Mängel berufen,<sup>2</sup> ebenso wird er behandelt, falls ihm ein verborgener Mangel bei Übergabe der Sache bekannt gewesen ist.<sup>3</sup> Die Klage auf Wandlung steht dem Käufer nicht mehr zu, wenn er die Sache nicht so zurückgeben kann, wie er sie erhalten hat, insbesondere verliert er das Wandlungsrecht, wenn er die mangelhafte Sache veräußert. Dann ist nur noch Minderung möglich.<sup>4</sup> Die Art. 1738 bis 1740, 1759, 1775 II Cc sehen eine stillschweigende Erneuerung von Miet- und Pachtverträgen vor (*tacite réconduction des baux*), falls der Vermieter oder Verpächter trotz Kenntnis der Umstände den Mieter oder Pächter nach Vertragsablauf im Besitz der Sache läßt.<sup>5</sup> Hatte der

1 Soergel-Siebert § 242 Anm. 142; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 402 u. 405, S. 334;

2 Art. 1642 Cc; Ripert-Hamel, *droit civil* Bd. X Nr. 130, S. 144;

3 Ripert-Hamel, *droit civil* Bd. X Nr. 132, S. 147;

4 Req. 10. juin 1929 = DH 1929, 411; Ripert-Hamel, *droit civil* Bd. X Nr. 134, S. 153, 154;

5 Civ. sec. com. 20. déc. 1949 = D 1950, 190; Civ. Sec. soc. 20. juillet, 1945 = GazPal 1945 II, 109; Req. 18. oct. 1933 = S 1933, 1, 384; Colmar, 1. févr. 1949 = D 1949, Somm. 49; Ripert-Hamel-Givord-Tunc Bd. X Nr. 627, S. 903, 904; Fuzier-Herman, *Code civil annoté* Bd. VI Art. 1740 Nr. 1 u. 2;

Vermieter oder Verpächter gekündigt, so wird die ré-conduction nur zugelassen, falls der Nachweis einer Willensänderung beim Berechtigten gelingt. Die Anforderungen sind streng, die Annahme von Zahlungen ist kein genügender Beweis.<sup>1</sup> Das Dulden von Tieren in der Wohnung des Mieters entgegen den vertraglichen Vereinbarungen kann als Verzicht des Vermieters auf die Geltendmachung seiner vertraglichen Rechte auszulegen sein.<sup>2</sup>

Im übrigen ist eine renonciation tacite stets möglich, soweit nicht schon strenge gesetzliche Ausschlussfristen zugunsten des Verpflichteten eingreifen. Aus den Umständen des Einzelfalles, insbesondere aus dem gesamten Verhalten des Berechtigten, kann sich unzweideutig ergeben, daß auf die Geltendmachung eines an sich bestehenden Rechts verzichtet worden ist. Die Wertung erfolgt auf Grund eines unabhängigen richterlichen Beurteilungsermessens. Indem das erste Verhalten nach den Umständen als stillschweigender Verzicht auszulegen ist, wird ein späteres entgegengesetztes Verhalten des Berechtigten unbeachtlich.<sup>3</sup> Auf Grund des unabhängigen richterlichen Ermessens lassen sich im französischen und belgischen

1 Soc. 6. janv. 1949 = GazPal 1949 I Somm.2; Soc. 20.juillet 1945 = GazPal 1945 II, 109; Ripert-Hamel-Givord-Tunc, droit civil Bd.X Nr.627, S.904 note 4 u. 5;

2 Civ.Sec.soc. 7.mars 1957 = D 1957 Somm.107

3 Civ.Sec.soc. 7.mars 1957 = D 1957 Somm.107; Civ.b 11. janv.1963 = Pas b 1963 I, 552; Paris, 29.nov. 1956 = D 1957, 632; Trib.Civ.Termonde 10.mars 1938 = Pas b 1940 III 69; Liège, 14.juillet 1897 = Pas b 1898, 2, 326; Bredin, les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, in travaux de l'association Henri Capitant Bd. XIII, 1959/60, S. 356 u. 361; Rigaux, les renonciations au bénéfice de la loi en droit civil belge, in travaux de l'association Henri Capitant Bd. XIII, 1959/60, S.422; Colin-Capitant-Morandiére, droit civil Bd. II Nr. 1633, S. 903;

Recht zahlreiche Fälle lösen, die nach deutscher und schweizer. Ansicht als unvereinbare Verhaltensweisen und als Verwirkung verstanden werden. Ist kein rechtsgeschäftlicher Verzicht feststellbar, so kann nur das Kriterium der faute helfen, das eine Rechtsausübung mißbräuchlich macht und eine Schadensersatzpflicht begründet. Deshalb darf der Gläubiger, welcher die vom Schuldner vorzunehmende Erfüllungshandlung verhindert hat, nicht Auflösung des Vertrages nach Art. 1184 Cc fordern.<sup>1</sup> Das Begehren, einen Kaufvertrag nach Art. 1657 Cc aufzulösen, ist unzulässig, wenn der Verkäufer durch sein Verhalten die Einhaltung der Annahmefrist seitens des Käufers verhindert hat.<sup>2</sup>

## 2. Formnichtigkeit

Der Code civil kennt keine dem § 125 BGB oder dem Art. 11 II OR entsprechende Nichtigkeitsregel für die Verletzung gesetzlicher Formvorschriften. Stattdessen gibt es verschiedene Sanktionen, je nachdem, ob es sich um Formvorschriften mit Beweisfunktion (formes probantes), Handlungsfähigkeit ertheilende Formvorschriften (formes habilitantes), Publizitätsvorschriften ( formes de publicité) oder feierliche Formvorschriften ( formes solennelles) handelt.<sup>3</sup>

Die im deutschen und schweizer. Recht auf Grund eines widersprüchlichen Verhaltens mögliche Unzulässigkeit, sich auf die Formnichtigkeit zu berufen, wird im französischen und belgischen Recht auf ande-

1 Civ. 1. mai 1889 = D 1890, 1, 470;

2 Civ. 19. févr. 1873 = D 1873, 1, 301;

3 Colin-Capitant-Morandiére, droit civil Bd. II Nr. 620-622, S. 349, 350; Nr. 753, 756, S. 427, 428; Maz.-Maz., droit civil, Bd. II Nr. 70, 72, 74, 75, S. 61-64

ren Wegen, aber mit ähnlichen Ergebnissen bedacht. Die heilbare, relative Nichtigkeit (nullité relative) bei der Verletzung von ermächtigenden Formvorschriften zugunsten der Geschäftsunfähigen (formalités habilitantes) kann durch Bestätigung geheilt werden, indem der berechnigte Vertragsteil auf die Nichtigkeitsklage verzichtet. (renonciation du contractant à l'action en nullité relative) .<sup>1</sup> Die Bestätigung kann stillschweigend erfolgen. Häufigster Fall ist die in Art. 1338 II Cc geregelte freiwillige Erfüllung. Neben ganzer oder teilweiser Erfüllung kann sich auch aus den sonstigen Umständen ein Verzicht auf die Nichtigkeitsklage ergeben. Entscheidend ist der Nachweis, daß der berechnigte den Formmangel kannte und zu heilen beabsichtigte.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung nimmt eine confirmation tacite großzügig an.<sup>3</sup> Das deutsche und schweizer. Recht würde in zahlreichen Fällen anführen, daß eine spätere Berufung auf die nullité relative sich zu dem vorangegangenen Verhalten in Widerspruch setzt. Das französische und belgische Recht greift einen Gedankengang früher helfend ein und deutet die Umstände als stillschweigende Bestätigung, so daß ebenfalls eine spätere Berufung auf die nullité relative unwirksam wird.

Liegt keine confirmation tacite vor, ist die Formnichtigkeit aber nur von einer Vertragspartei

---

1 Colin-Capitant-Morandière Bd. II Nr. 764, 765, S. 432; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 309, S. 244; de Page, droit civil b Bd. II Nr. 792 u. 794, S. 762 bis 764;

2 Montpellier 1. avril 1952 = D 1952, 611; Req. 2. janv. 1901 = DP 1903, 1, 573; Req. 13. janv. 1902 = DP 1903, 1, 224; Civ. b 25. févr. 1943 = Fas b 1943 I, 72; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 771, S. 434, 435; Maz.-Maz., droit civil, Bd. II, Nr. 312, S. 246; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 747, S. 276; de Page, droit civil b Bd. II Nr. 799, S. 768 note 1;

3 de Page, droit civil b Bd. II Nr. 799, S. 768;

verschuldet, während die andere gutgläubig war, so können dem Gutgläubigen Ansprüche aus culpa in contrahendo helfen.<sup>1</sup> Die gleiche Lösung finden schweizer. Rechtspraxis und deutsche Lehre. Die culpa in contrahendo ist nach französischer und belgischer Auffassung ein Fall der unerlaubten Handlung, so daß eine faute im Sinne des Art. 1382 Cc nachzuweisen ist.<sup>2</sup> Der Richter legt fest, ob der Schadensersatz in ersatzweiser Entschädigung oder in Naturalrestitution besteht.<sup>3</sup>

Die in Entscheidungen der deutschen Rechtsprechung aus § 242 BGB begründete Überlegung, daß untragbare Ergebnisse von formfehlerhaften Verträgen zu verhindern sind, findet in Art. 809 Code rural (Art. 20 de l'ordonnance du 17. oct. 1945) Beachtung. Danach ist der mündlich geschlossene Pachtvertrag (contrat de bail à ferme) nicht wegen Formmangels nichtig, sondern wirksam für neun Jahre, und zwar gemäß den gesetzlichen Bestimmungen.<sup>4</sup>

### 3. Verjährungs- und gesetzliche Ausschluß-Fristen

Der Eintritt der Verjährung erlaubt dem Schuldner, die Durchsetzung des Gläubigeranspruchs zu ver-

- 
- 1 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol.Nr.214, S. 194 note 5; Colin-Capitant-Morandiére, droit civil Bd.II Nr.790, S.443; Maz.-Tunc, responsabilité civil Bd.I Nr. 124, S. 157, 158; de Page, droit civil belge Bd.II Nr.559 c), S. 545;
  - 2 Rennes 8. juillet 1929 = DH 1929, 548; Maz.-Tunc, responsabilité civil Bd.I Nr. 120, S. 151 note 1; Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol. Nr.214, S.194,195; de Page, droit civil belge Bd.II, Nr.558 S. 543, 544;
  - 3 Maz.-Tunc, responsabilité civil Bd.III Nr.2302,S. 433; Nr. 2306, S. 437, 438; Maz.-Maz.,droit civil Bd. II Nr.336, S.261;
  - 4 Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr. 69, S. 60;

hindern (Art. 2219 Cc). Im deutschen und schweizer. Recht kann auf Grund eines widersprüchlichen und daher mißbräuchlichen Verhaltens für den Schuldner die Einrede der Verjährung unzulässig sein. Das französische und belgische Recht hat auch für diesen Fall mittels der renonciation tacite einen konstruktiven Weg gefunden, trotz Zeitablauf die Verjährung nicht eintreten zu lassen (Art. 2220 Cc = renonciation à la prescription) . Aus den Umständen nach Eintritt der Verjährung kann sich ergeben, daß der Verzicht stillschweigend erfolgt ist (Art. 2221 Cc). Erforderlich ist ein unzweideutiges Verhalten des Berechtigten, zum Beispiel Erörterung der Höhe der Schuld, Bitte um Stundung, Leisten von Anzahlungen, Bestellen von Sicherheiten. Es genügt jedes Verhalten, aus dem die Gerichte in Anwendung ihres unabhängigen Beurteilungsrechtes unzweideutig einen Verzicht erkennen können. Indem das erste Verhalten nach den Umständen als stillschweigender Verzicht auf die Verjährungseinrede gewertet wird, findet die französische und belgische Rechtspraxis eine Lösung, die im Ergebnis der deutsch-schweizer. von der Abwägung zweier widersprüchlicher Verhaltensweisen gleichkommt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Civ. 20. nov. 1945 = D 1946, 134; Civ. 25. oct. 1937 = DH 1937, 565; Civ. 9. nov. 1943 = DA 1944, 37; Trib. civ. Termonde 10. mars 1938 = Pas b 1940 III, 69; Liège 14. juillet 1897 = Pas b 1898 II, 326; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 874, S. 578; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 1189, S. 949; Colin-Capitant-Morandiére, droit civil Bd. II Nr. 1633, S. 904; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VII Nr. 1389, S. 805; Fuzier-Herman, code civil annoté Bd. VII Art. 2221 Nr. 4 u. 5; Bredin, les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, in travaux de l'association Henri Capitant Bd. XIII, 1959/60, S. 367;

Ausschlußfristen (délais préfix ou délais de forclusion) sind im Code civil häufig vorgesehen.<sup>1</sup> Es handelt sich um strenge Maßnahmen des Gesetzgebers, mittels derer er nicht den Schuldner bestrafen, sondern Klarheit im Rechtsverkehr schaffen will. Daher wirken sie unabänderlich, die Parteien haben keine Möglichkeit der Einflußnahme durch Abänderung, Aufschieben oder Unterbrechung.<sup>2</sup> Eine Ausnahme wird nur zugestanden, falls dem Berechtigten eine Geltendmachung seines Anspruchs unmöglich war.<sup>3</sup> Da wegen des zwingenden Charakters der gesetzlichen Ausschlußfristen kein Verzicht möglich ist, bleibt nur ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung bei Vorliegen einer faute, um in den Fällen zu helfen, in welchen nach deutschem und schweizer. Recht die Einrede des Rechtsmißbrauchs hilft.

## VII. Unredlicher Rechtserwerb

Neben der mißbräuchlichen Ausübung ordnungsgemäß entstandener Rechte kennt die französische und belgische Rechtsordnung selbstverständlich die Bestrafung unredlichen Verhaltens beim Erwerb von Rechten. Arglistige Täuschung und Gewalt (dol et violence) bei Vertragsschluß führen zur nullité relative des Vertrages. Das Opfer kann mittels einer Nichtigkeitsklage den Vertrag für unwirksam erklären lassen (Art. 1109 ff, besonders 1111, 1113, 1116, 1117 Cc),

1 Art. 957, 1047, 1080 III, 1622, 1648, 1676, 1854 II, 2279 II Cc; Art. 105 u. 435 C.com.

2 Civ.Sec.soc. 27.janv.1951 = D 1951, 241; Civ.23. avril 1936 = DH 1936, 381; Civ. 5. févr.1935 = DH 1935, 237;

3 Req. 25.nov.1946 = D 1948, 321; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr. 1641, S. 907;

daneben oder stattdessen kann das Opfer auch Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verlangen (Art.1382 Cc).<sup>1</sup>

Der Gedanke, daß die Ausübung einer unredlich erworbenen Rechtsposition unzulässig ist, hat wie im deutschen und schweizer. Recht in besonderen Rechtsinstituten Ausdruck gefunden.

Nach Art. 1178 Cc wird eine Bedingung als eingetreten angesehen, falls der Schuldner ihren Eintritt verhindert hat. Das Verhalten des Schuldners, selbst das arglistfreie, hat dem Gläubiger einen Schaden verursacht, zu dessen Wiedergutmachung die Bedingung als eingetreten und der Vertrag als wirksam gilt. Mittels des Begriffes der faute wird das gleiche Ergebnis erreicht wie im deutschen und schweizer. Recht mittels des Verbotes, treuwidrig einen Bedingungseintritt zu vereiteln.<sup>2</sup>

Sind Verträge unerlaubt und unmoralisch und deswegen absolut nichtig, so lehnt die Rechtsprechung das Begehren auf Rückerstattung erbrachter Leistungen nach der alten Regel ab: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* bzw. *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Zur Begründung dieser Regel wird auf die Würde des Gerichts und die *ordre publique* hingewiesen.<sup>3</sup>

1 Rieg, *rôle de la volonté* Nr. 155 bis, 157, S.165, 166; Nr. 171, S. 180; Maz.-Maz., *droit civil* Bd. II, Nr. 197, S. 154; Nr. 207, S. 160; de Page, *droit civil belge* Bd. II Nr. 559, S.545;

2 Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil* Bd.II Nr. 1689, S. 936; Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II, 1. Vol. Nr. 756 S. 765; Ripert-Esmein, *droit civil*, Bd.VII Nr. 1036, S. 385;

3 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol. Nr.191, S. 175; Rieg, *rôle de la volonté* Nr. 339, S.352; Ripert, *la règle morale* Nr. 110, S. 195; Ripert-Bou langer, *droit civil* Bd.II Nr.1250, S. 477; Nr.762 bis 764, S. 281,282; Niederländer in: *jus et lex*, 1959, S. 631; Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil* Bd.II Nr.792, S.444,445;

Im französischen und belgischen Recht fehlt für die Haftung aus unerlaubter Handlung eine dem § 853 BGB und dem Art. 60 III OR entsprechende Regelung, gemäß welcher auch nach Verjährung der *action en nullité relative ou absolue* ( Art. 1304 und 2262 Cc: Zehn- bzw. Dreißigjahresfrist) und des Schadensersatzanspruches Art. 1382 Cc noch die Einrede des unredlichen Rechtserwerbes entgegenhaltbar ist, wenn aus irgendeinem Grunde die Vernichtung des Vertrages innerhalb der Verjährungsfrist unterblieben ist. Eine solche Regelung erübrigt sich, da im Gegensatz zu § 124 BGB und Art. 31 I OR (einjährige Anfechtungsfrist) in Art. 1304 Cc eine außergewöhnlich lange Frist von 10 Jahren für die *action en nullité relative* (Art. 1304 Cc) und von 30 Jahren für die *action en nullité absolue* (Art. 2262 Cc) eingeräumt wird. Ähnlich ist es bei der Haftung aus unerlaubter Handlung, hier beträgt die Verjährungsfrist 30, ausnahmsweise 10 Jahre (§ 852 BGB = 3 Jahre, Art. 60 I OR = 1 Jahr)<sup>1</sup>.

Erlangt eine Vertragspartei im Zeitraum zwischen dem ordnungsgemäßen Vertragsschluß und der endgültigen Vertragsabwicklung auf widerrechtliche Weise eine zusätzliche Rechtsposition, so kann nur über den Begriff der *faute* geholfen werden, der nach Art. 1382 Cc einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubte Handlung entstehen läßt.

---

<sup>1</sup> Maz.-Tunc, *responsabilité civile* Bd. III Nr.2119, S. 235; Nr.2123, S.245;Nr. 2125, S. 247;

## C) Vergleich

Die deutsche und schweizer. Rechtsmißbrauchslehre geht davon aus, daß Gläubiger und Schuldner an die Gebote von Treu und Glauben gebunden sind. Wer bei der Ausübung seiner vertraglichen Rechte nicht so handelt, wie Treu und Glauben es gebieten, mißbraucht sein Recht. Die Rechtsmißbrauchslehre greift vor allem zur Abwehr unbilliger Gläubigerforderungen ein, ausnahmsweise wirkt sie auch gegen den Schuldner (unzulässige Einrede der Verjährung).

Die französische und belgische Lehre vom abus de droit ist ebenfalls ein wichtiges Korrektiv der Vertragsabwicklung geworden. Sie stützt sich, unabhängig von der bonne foi contractuelle (Art. 1134 III Cc), auf den deliktischen Verschuldensbegriff (faute) und wird als Schadensersatzproblem im Rahmen der unerlaubten Handlung behandelt (Art. 1382 ff Cc = délit civil). Bei der praktischen Anwendung der Lehre vom abus de droit werden unausgesprochen die Forderungen von Moral und sozialer Nützlichkeit (morale et utilité sociale) bei der Vertragsabwicklung verwirklicht. Trotz des anderen konstruktiven Weges ähneln sich daher Einzelformulierungen in den verglichenen Rechtsordnungen: Schädigungsabsicht = exercice d'un droit dans l'intention de nuire, Fehlen eines berechtigten Interesses = exercice d'un droit sans motif légitime, sans intérêt. Doch bleibt im französischen und belgischen Recht stets das Vorliegen eines deliktischen Verschuldens (Arglist oder Fahrlässigkeit) entscheidend. Der Gedanke des venire contra factum proprium hat in der Lehre vom abus de droit als Rechtsregel keine Geltung erlangt. Dem deutschen und schweizer. Recht ähnliche Ergebnisse

werden auf dem Wege über den freizügig angewandten stillschweigenden Verzicht gefunden.

Während die deutsche und schweizer. Rechtspraxis bereit ist, die formelle Gültigkeit von Rechten zu beschränken und aufzuheben, sobald der Richter dies im Interesse der materiellen Gerechtigkeit für geboten erachtet<sup>1</sup>, steht die französische und belgische Rechtspraxis auf dem Standpunkt, daß Begriffe wie *intérêt légitime*, *finalité du droit*, *conception morale et sociale du droit* die subjektiven Rechte in gefährlichem Umfang der billigen Willkür des Richters unterwerfen und zu einem Verlust der Rechtssicherheit führen.<sup>2</sup> Aus dieser Grundeinstellung heraus bleibt die französisch-belgische Auffassung vom *abus de droit* im Vergleich zur deutsch-schweizer. Rechtsmißbrauchslehre stärker an den Grundsatz gebunden: *neminem laedit qui suo iure utitur*.

---

1 BGE 72 II, 42;

2 Rennes 20. juin 1932 = GazPal 1932 II, 516; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.575, S.643 note 9; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II, Nr. 1107 S. 627;

## § 6 Einfluß veränderter Umstände auf die Vertragsabwicklung

### A) Deutschland und Schweiz

#### I. Allgemeines

Schwierigkeiten bei der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen entstehen, wenn sich die äußeren Umstände so stark ändern, daß die bei Vertragsschluß vorhandene und von den Parteien angenommene Lage im Zeitpunkt der Leistung nicht mehr besteht.<sup>1</sup>

Die Kräfte, welche die Grundlagen des Vertrages ändern, liegen außerhalb des Einflußbereiches der Parteien, sie treffen entweder nur den einzelnen Vertrag oder allgemein einen ganzen Vertragstypus (Krieg, Inflation, Abwertung, Zwangswirtschaft, Ein- und Ausfuhrschwierigkeiten). Seit den Erschütterungen des europäischen Wirtschafts- und Rechtslebens durch den ersten Weltkrieg wird eine Lösung gesucht zu dem Problem, wie weit das Gebot der Vertragstreue durch von außen kommende Ereignisse eingeschränkt und abgeändert werden kann, damit die Vertragsbeziehungen angemessen im Rahmen der Zumutbarkeit geordnet werden.<sup>2</sup>

---

1 Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre Bd. II S.621

2 Merz in Berner Ko. I,1 Art. 2 ZGB Nr. 188, 189, S. 276-278; Staud.-Weber § 242 Anm. E 3, S.961-962  
Soergel-Siebert vor § 241 Nr. 9; § 242 Anm. 227;  
BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 55; Enn.-Lehmann, § 41 II, S. 176; Larenz, Geschäftsgrundlage, S.1, 2, 160-162; BGH in JZ 1953, 146; OGHZ 1, 68; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr.226, S. 208; Colin-Capitant-Morandiére, droit civil, Bd. II Nr. 863, S. 479; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 577, S. 565, 566;

Rechtsprechung und Lehre in Deutschland und in der Schweiz haben zahlreiche und ganz verschiedenartige Lösungswege entwickelt. Auf der Suche nach einem gemeinsamen Kriterium läßt sich feststellen, daß das Treu- und Glaubensgebot den gedanklichen Ansatzpunkt und die dogmatische Verankerung bilden, weil Treu und Glauben die Vertragsabwicklung bestimmen und nach einer gerechten Interessenabwägung streben.<sup>1</sup> Zur einheitlichen Beschreibung des Problemkreises im Rahmen dieser rechtsvergleichenden Untersuchung bietet sich, losgelöst von dem darin zugleich enthaltenen dogmatischen Lösungsweg, der Begriff *clausula rebus sic stantibus an.*<sup>2</sup> Der Wortsinn meint eine ausdrückliche Abmachung, daß die Dinge so bleiben wie sie sind. Wird darunter die stillschweigende Willenserklärung gleichbleibender Verhältnisse verstanden, so ist ein Lösungsweg für das Problem der veränderten Umstände aufgezeigt: Auslegung des Parteiwillens und Ermittlung stillschweigender Bedingungen. Neben diesem Weg sind andere vorgeschlagen worden: Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, höhere Gewalt, wirtschaftliche Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit, mißbräuchliche Rechtsausübung, Begriff der

- 
- 1 Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 184; Esser, Schuldrecht § 86,3, S. 387; § 86, 5 h, S. 389; Enn.-Lehmann § 41 III, S. 180; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 56; Erman-Erman § 242 III 4 a, S. 333; Merz in Berner Ko., I,1 Art. 2 ZGB Nr. 189 S. 277; Nr. 206, S. 283; Schlageter, Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände, Diss. Basel 1945, S. 40 u. 70 ff.; Besson, La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances, Diss. Lausanne 1955, S. 68,69; OGHZ 1, 68;
- 2 Schlageter a.a.O.S. 43; Rieder, Das Eingriffsrecht des Richters in bestehende Verträge auf Grund veränderter Umstände, Diss. Basel 1951, S. 59; Kegel-Rupp-Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, S. 98,99; Demogue, obligations Bd. VI Nr.634, S. 689;

## Aquivalenzstörung.<sup>1</sup>

Mit der Verwendung des Begriffes *clausula rebus sic stantibus* ist zugleich auf die historische Entwicklung des Problemkreises hingewiesen. Dem römischen Recht war eine allgemeine Theorie unbekannt. Erst die Postglossatoren prägten den Begriff *clausula rebus sic habentibus - sic stantibus*, der vom 13. bis ins 19. Jahrhundert hinein Allgemeingut der Rechtslehre gewesen ist und noch im *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* (IV, Kap. 15, § 12) und im *Preußischen Allgemeinen Landrecht* (§ 378 I, 5) Niederschlag gefunden hat. In den großen Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts fehlt eine generelle Regelung der nachträglich veränderten Umstände (so Cc, BGB, ZGB). Erst in neuester Zeit hat der Gesetzgeber wieder die veränderten Umstände bei der Vertragsabwicklung ausdrücklich bedacht: Art. 1467 bis 1469 *Code civil italien* (1942), Art. 147 II *Code civil égyptien* (1948), Art. 388 *Code civil grecque* (1940).<sup>2</sup>

---

1 Staud.-Weber § 242, Anm. E 2; Esser, Schuldrecht, § 86, 4 a, S. 388; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 11 u. 12; v. Tuhr / Siegwart, Schweizer OR Bd. II § 74, S. 613;

2 Staud.-Weber § 242 Anm. E 6-9; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 186, 187, S. 275, 276; Besson, Diss. Lausanne 1955, S. 54; Rieder, Diss. Basel 1951, S. 60-62; Deschenaux in ZSR 61 (1942) S. 629 a, 630 a; La revision des contrats par le juge; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 11, 12; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 391, S. 527; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 470, S. 183; Demogue, obligations, Bd. VI Nr. 632, S. 686, 687; Bonnecase, supplément Bd. III Nr. 299, S. 593-596;

## II. Lehre von der Geschäftsgrundlage

In der deutschen Rechtsprechung und Lehre hat sich die Frage, wie weit veränderte Umstände die Vertragsabwicklung beeinflussen können, vom Auslegungsproblem der stillschweigenden Willenserklärung gleichbleibender Verhältnisse zur Lehre von der Geschäftsgrundlage hin verlagert.<sup>1</sup> Weit und vorsichtig formuliert läßt sich definieren: Geschäftsgrundlage sind gewisse, für Abschluß oder Durchführung des Vertrages grundlegende Umstände. Im einzelnen herrscht Unsicherheit.

Die Rechtsprechung nimmt entweder in Anlehnung an Oertmann auf die subjektiven Parteivorstellungen Bezug<sup>2</sup> oder verwendet allgemeine Begriffe wie Unzumutbarkeit, Unvereinbarkeit mit Recht und Gerechtigkeit, grobe Äquivalenzstörung.<sup>3</sup> Die Lehre hält der Rechtsprechung vor, sie gebrauche die Oertmannsche Formulierung nur als schmückendes Ornament.<sup>4</sup> Im

1 Staud.-Weber § 242 Anm. E 39; Larenz, Geschäftsgrundlage S. 11-13

2 Oertmann, die Geschäftsgrundlage, S. 37; Oertmann in Recht 1920, S. 11: Geschäftsgrundlage ist die bei Vertragsschluß zutage getretene, vom Geschäftspartner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung beider Teile vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder Nichteintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage sich der Geschäftswille aufbaut. - BGHZ 25,392; BGH in LM § 242 (B b) Nr. 36; BGH in NJW 1964,861; 1953,1585; BGH in MDR 1962,544,545; RGZ 168,126,127; 160,267; RG in JW 1937,2036;

3 BGHZ 2, 188, 189; BGH in NJW 1959,2205; 1958,1772; BGH in MDR 1953,282; 1952,156; BGH in Betrieb 1958, 1325; 1955,574; BGH in BB 1958,131; 1957,196; RGZ 99,118,119; 94,69;

4 Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 112.

übrigen ermöglicht die Formel von den subjektiven Parteivorstellungen keine Abgrenzung zum unbeachtlichen Motiv und trifft nicht zu, falls unvorhergesehene Umstände die Vertragsabwicklung beeinflussen.<sup>1</sup>

Zur schärferen Problemsicht unterscheidet die Lehre zwischen subjektiver und objektiver Geschäftsgrundlage. Subjektive Geschäftsgrundlage ist die gemeinsame Vorstellung oder Erwartung beider Vertragsparteien, von der sie sich beim Abschluß des Vertrages haben leiten lassen; objektive Geschäftsgrundlage dagegen ist jeder Umstand, dessen Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag im Sinne der Intentionen beider Parteien noch als sinnvolle Regelung eines Lebensverhältnisses bestehen kann.<sup>2</sup>

Die theoretische Trennung von subjektiver und objektiver Geschäftsgrundlage erweist sich in der praktischen Handhabung als unzulänglich, da beide Unterarten im Einzelfall nicht scharf voneinander zu trennen sind.<sup>3</sup> Auf eine Unzulänglichkeit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage weist Esser hin, falls nämlich der Vertragszweck nicht bloße Vorstellung der Parteien geblieben ist, sondern zum Vertragsinhalt gemacht wurde. Mangels unausgesprochener Geschäftsgrundlage kann an sich nicht die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eingreifen. Daher hat Esser das Rechtsinstitut der Unerreichbar-

---

1 Esser, Schuldrecht, § 86, 4 g, S. 389; Staud.-Weber § 242 Anm. E 51; Enn.-Nipperdey § 177 III, 1, S. 1077;

2 Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 184, 185; Larenz, Schuldrecht, § 20 II S. 247, 248; Enn.-Nipperdey, § 177 III, 2, S. 1077; § 177 V, S. 1083, 1084; Flume, Allgemeiner Teil des BGB Bd. II, Das Rechtsgeschäft § 26, 2, S. 495;

3 Soergel-Siebert § 242, Anm. 239; Esser, Schuldrecht § 86, 6, S. 396; Enn.-Lehmann § 41 II, III, S. 180;

keit des Vertragszweckes entwickelt.<sup>1</sup>

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage greift nur ein, wenn der Leistungsstörung nicht in anderer Weise mittels ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen abzuhelpfen ist. Insbesondere kann ein Umstand, der als Geschäftsgrundlage angesehen werden soll, stillschweigend als Bedingung oder Rücktrittsvorbehalt vereinbart sein. Unter Umständen kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geholfen werden. Die Frage nach der Geschäftsgrundlage ist insoweit zum allgemeinen Auslegungsproblem geworden.<sup>2</sup>

Nicht Geschäftsgrundlage werden solche Umstände, die in den Risiko- und Verantwortungsbereich nur einer Vertragspartei fallen. Jedem Vertrag liegt eine Risikoverteilung zugrunde, welche schutzlos bleibt. Spekulationsgeschäfte können die Übernahme eines erhöhten Risikos enthalten, wodurch die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage auch in krassen Fällen der veränderten Umstände ausgeschlossen wird.<sup>3</sup>

---

1 Esser, Schuldrecht § 85, 5, S. 380 letzter Abs.; § 86, 5 c, S. 392, 393;

2 Soergel-Siebert, § 242 Anm. 240; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 59, 60, 78; Erman-Erman § 242 III, 4, c S. 394; Esser, Schuldrecht § 86, 5 a-e, S. 389-394; Enn.-Nipperdey § 177 IV, S. 1083; BGH.

3 BGHZ 17, 317 u. 327; BGH in NJW 1957, 1317; BGH in BB 1957, 164; BGH in LM § 242 (B b) Nr. 33; OLG Koblenz in NJW 1956, 106; RGZ 99, 116, 117; 92, 322, 324; 88, 174, 175; Staud.-Weber, § 242 Anm. E 352-356; Soergel-Siebert § 242 Anm. 229, 251-253; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 63; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 185; Esser, Schuldrecht, § 86, 7 b, S. 399;

Die Rechtsprechung räumt zur Abgrenzung der Geschäftsgrundlage dem Kriterium der Zumutbarkeit bzw. der Unzumutbarkeit den Vorrang ein: Das Fehlen bzw. der Wegfall der Geschäftsgrundlage zeitigt erst Rechtsfolgen, wenn wenigstens einer Partei ein unverändertes Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist.<sup>1</sup>

Letztlich bleibt die Wertung des Einzelfalles, ob keine Partei das bestimmte Risiko übernommen hat und daher das Festhalten am Vertrag der einen Partei nach Treu und Glauben unzumutbar ist, der Beurteilung des Richters überlassen,<sup>2</sup> Das Kriterium der Unzumutbarkeit erweist sich als alleiniger Maßstab als zu unbestimmt.<sup>3</sup> Sicher läßt sich feststellen: Eine zumutbare Belastung und damit unbeachtlich ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage, falls der Vertrag bereits vollständig abgewickelt worden ist.<sup>4</sup> oder falls sich die fortgefallene Geschäftsgrundlage nur deshalb auf die Vertragsabwicklung ausgewirkt hat, weil die benachteiligte Partei sich im Schuldner-

---

1 BGHZ 2, 188, 189; BGH in NJW 1958, 1772; BGH in Betrieb, 1958, 1325; BGH in BB 1958, 131; 1957, 196. BGH in MDR 1953, 282; OGHZ 1, 62, 69; RGZ 168, 126, 127; 160, 267; 158, 166 u. 175; 101, 81; 99, 118 u. 119; Soergel-Siebert, § 242 Anm. 231; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 70; Esser Schuldrecht § 86, 3 S. 387; Enn.-Lehmann § 41 III S. 180;

2 Larenz, Geschäftsgrundlage S. 111 u. 184; Esser, Schuldrecht § 86, 3, S. 387; § 86, 6 g, S. 398; Enn.-Lehmann § 41 III, S. 180; BGB RGRK-Nastelski § 242 Anm. 71; BGHZ 2, 188, 189; BGH in NJW 1952, 137; OGHZ 1, 394; RGZ 160, 257 u. 267; 147, 56;

3 Soergel-Siebert § 242 Anm. 230 u. 232;

4 Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 185; Esser, Schuldrecht § 86, 7 c, S. 399 und zu c, S. 401; Enn.-Lehmann § 41 III, 7 S. 182;

oder Gläubigerverzug befand.<sup>1</sup>

Den Maßstab für die Rechtsfolgen bilden Treu und Glauben, bzw. der Grad der Unzumutbarkeit.<sup>2</sup> In erster Linie ist der Vertrag an die veränderten Umstände gemäß seinem Zweck und dem zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien anzupassen, entweder durch Beschränkung des Vertragsinhalts oder durch Erweiterung der Pflichten einer Partei. Erst wenn die Aufrechterhaltung und Anpassung des Vertrages in befriedigender Weise nicht möglich ist, steht der benachteiligten Partei ein Rücktrittsrecht zu, bzw. ein Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen.<sup>3</sup>

### III. Die schweizerische Rechtspraxis

Im schweizer. Zivilrecht fehlt eine generelle Rechtsregel, welche eine Berücksichtigung veränderter Umstände bei der Vertragsabwicklung zuläßt.

Die Vorschrift über den Grundlagenirrtum (Art. 24 Ziff. 4 OR) trifft nur in beschränktem Maße zu.

- 
- 1 Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 185; Enn.-Lehmann § 41 III, 5, S. 182; BGH in LM § 284 Nr. 2; BGH in LM § 242 (B b) Nr. 18;
  - 2 Soergel-Siebert § 242 Anm. 256; Flume, Allg. Teil des BGB, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, § 26, 2, S. 496;
  - 3 BGH in MDR 1959, 116; BGH in NJW 1958, 785; 1953, 1585; 1951, 836; BGH in Betrieb 1958, 1325; 1955, 574; BGH in BB 1953, 217; BGH in JZ 1952, 146; OGH in MDR 1950, 282; RGZ 103, 333; 100, 131, 132; RG in JW 1937, 2036; Larenz, Geschäftsgrundlage S. 186. Soergel-Siebert § 242 Anm. 247, 248, 259, 264; BGB-RGRK-Nastelski § 242 Anm. 74; Staud.-Weber § 242, Anm. E 381, 382 und 247; Esser, Schuldrecht § 86, 8 a, S. 403, 404; Enn.-Lahmann § 41, 3 S. 181; Erman-Erman § 242 III 4 f, S. 398;

Damit ist nicht der Irrtum über die zukünftige Entwicklung gemeint.<sup>1</sup> Wohl aber bleiben solche gegenwärtigen Umstände zu beachten, "die nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden." Die weite Formulierung erfaßt auch die Fälle, in denen beide Parteien sich gemeinsame Vorstellungen über wichtige Voraussetzungen des Vertrages gemacht haben und deswegen festgestellt werden kann, daß beide Parteien den Vertrag nicht gewollt hätten, wenn ihnen die Unrichtigkeit der angenommenen Voraussetzungen bekannt gewesen wäre.<sup>2</sup> Diese Auffassung entspricht der Oertmann'schen Formel von den bei Abschluß des Vertrages grundlegenden Umständen und meint die Fälle des beiderseitigen, gleichartigen Irrtums, die nach deutscher Lehre und Praxis nicht nach § 119 BGB, sondern nach den Regeln vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gelöst werden.<sup>3</sup> Im übrigen ermöglichen nur einzelne Vorschriften über Dauerschuldverhältnisse beschränkte Möglichkeiten zur Berücksichtigung außergewöhnlicher, äußerer Umstände, indem sie in unterschiedlichen

- 
- 1 BGE 66 I, 312 u. 313; 53 II, 139 u. 140; 47 II, 315 u. 316; 45 II, 322; Merz in Berner Ko. I, 1, Art. 2 ZGB Nr. 194, S. 279; Rieder, Diss. Basel 1951, S. 73; Besson, Diss. Lausanne 1955, S. 65; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 24 Nr. 19; Oser in Zür. Ko. V, 1 Art. 24 Nr. 42;
- 2 BGE 48 II, 239; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 35, 36. Drexelius, Irrtum und Risiko, S. 34, 35; von Tuhr-Siegwart, Schweiz. OR Bd. I § 37, S. 278, 279; Guhl, Schweiz. OR S. 116, 117; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 24 OR Nr. 29 u. 35; Oser in Zür. Ko. V, 1 Art. 24 OR Nr. 46;
- 3 Larenz, Geschäftsgrundlage S. 22, 23, 51, 163; 193; Soergel-Siebert § 242 Anm. 243; Esser, Schuldrecht, § 86, 5 d, S. 394, 395; Enn.-Nipperdey § 177 VI, S. 1086; BGHZ 25, 390, 394, 395; BGH in LM Nr. 33, Blatt 3, Rückseite zu § 242 (B b); BGH in LM Nr. 1 zu § 242 (B d); RG in JW 1929, 728;

Formulierungen Rücktrittsmöglichkeiten vorsehen.<sup>1</sup>

Da die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Schweiz im Gegensatz zu den Kriegs- und Nachkriegswirren der Nachbarländer stabil geblieben sind, war in der Rechtsprechung nur eine geringe Neigung vorhanden, von dem Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) abzugehen. Die Frage nach dem Einfluß veränderter Umstände hat sich für das schweizer. Zivilrecht gestellt, sobald vertragliche Abmachungen die nationalen Grenzen überschritten. In diesen Fällen sind auf der Grundlage des Treu- und Glaubensgebotes mit Hilfe herkömmlicher Rechtsinstitute vernünftige und angemessene Lösungen gefunden worden.<sup>2</sup>

Das Gebot der Vertragstreue wird in Frage gestellt, falls gemeinsame Vorstellungen und Erwartungen der Parteien, von denen sie beim Vertragschluß ausgegangen sind, nicht eintreten (Mängel in der subjektiven Geschäftsgrundlage im Sinne der deutschen Terminologie). Die schweizer. Rechtsprechung sucht eine Lösung für derartige Fälle aus dem Vertrag. Entweder finden sich ausdrückliche Klauseln, die beim Eintritt veränderter Umstände eine Änderung oder Aufhebung der vertraglichen Pflichten vorsehen (Kriegs-, Streik-, Freizeichnungsklauseln oder auch die Zusicherung der Leistung unter allen Umständen), oder es ergibt sich im Wege der Vertragsauslegung, besonders der Vertragsergänzung, daß eine stillschweigende Bedingung haftungsbeschränkender Art anzunehmen ist. Dabei handelt es sich nicht um

---

1 Art. 269, 291, 309, 352, 476, 527, 545, 619, 736, 770, 820 OR; v. Büren, Schweiz. OR, Allg. Teil, S. 405; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II, S. 174; Schnitzer, vergleichende Rechtslehre, Bd. II, S. 623; Merz in ZSR 61 (1942) S. 424 a;

2 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 254, S. 291;

ein Wiederaufleben der *clausula rebus sic stantibus*-Lehre und ein Anknüpfen an einen fiktiven Parteiwillen. Vielmehr wird in vernünftiger Weise an den individuellen Vertrag angeknüpft, die Richtlinie bildet der Grundsatz von Treu und Glauben und das Vertrauensprinzip. Aus den unzweideutigen Vertragsvereinbarungen des Einzelfalles ergeben sich im Zusammenhang mit Verkehrssitte und gesamter Rechtsordnung stillschweigend mitausgedrückte Abreden, wie veränderte Vertragsverhältnisse zu berücksichtigen sind<sup>1</sup>.

Wenn auf Grund der Herrschaft des Vertrauensprinzips alle Auslegung an den objektiven Tatbestand der Willenserklärungen anknüpft, so würde es bei Anwendung dieser schweizerischen Rechtsgrundsätze auf die bekannten *coronation-cases*<sup>2</sup> keine Vergewaltigung des Vertragsinhalts bedeuten, wenn dieser nach Treu und Glauben dahin ausgelegt wird, daß der Vertrag bei Absage des Festzuges hinfällig, bei bloßer Verschiebung nur aufgeschoben wird.

Der Hinweis auf das wahrscheinliche Fehlen jeglicher Parteivorstellung verkennt den durch Treu und Glauben gebotenen objektiven Ansatzpunkt von Vertragsauslegung und Vertragsergänzung.<sup>3</sup> In diesem Sinne ist die schweizer. Gerichtspraxis zu verstehen.<sup>4</sup> Bei langfri-

---

1 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 202 u. 204, S. 282; Merz in ZSR 61, (1942), S. 408a-410a; 455a; Tuor, schweiz. ZGB S. 43; Egger, ausgewählte Schriften Bd. II, S. 172, 173; Fick in ZSR 44 (1925) S. 168, 169; BGE 66 I, 313 (interessantes Beispiel der Annahme einer stillschweigenden Voraussetzung).

2 Mieten von teuren Fenster- und Tribünenplätzen zur Besichtigung des ausgefallenen Krönungsfestzuges von Eduard VII.

3 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 204-206, S. 282, 283; Merz in ZSR (1942) S. 410a, 411a;

4 BGE 66 I, 312; 54 I, 204; 48 II, 252; 47 II, 314 u. 318; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 204 u. 205, S. 283; Nr. 254, S. 297; Merz in ZSR 61, 1942 S. 409a; Oftinger in ZSR 58, (1939) S. 202, 203; Egger, ausgewählte Schriften, Bd. II, S. 172, 173;

stigen Elektrizitätslieferungsverträgen darf die Verwendbarkeit der Elektrizität stillschweigend vorausgesetzt werden. Deshalb wird der Käufer, dessen Fabrik abbrennt, befreit, da ihm überhaupt keine andere Verwendungsmöglichkeit für die Elektrizität offen steht.<sup>1</sup> Im übrigen ist die Verwendbarkeit des Kaufobjektes nicht als stillschweigend aufgenommener Vorbehalt auszulegen.<sup>2</sup> Die Vertragsauslegung ergibt, daß die Dividendengarantie eines Dritten gerade auch auf anormale Zeiten bezogen werden darf, in denen das Unternehmen selbst keinen Ertrag mehr herauswirtschaftet.<sup>3</sup>

Führt die Vertragsauslegung angesichts der veränderten Umstände nicht zu der Annahme einer stillschweigend vereinbarten Beschränkung der schuldnerischen Leistung, so kann das Gebot der rigorosen Vertragserfüllung durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs eine Einschränkung erfahren (Art. 2 II ZGB; objektive Geschäftsgrundlage i.S.d.deutschen Terminologie). Das schweizer. Bundesgericht hat den eigentlichen berechtigenden Eingriff, der sich auf keine Vertragsinterpretation stützen kann, zugelassen, wenn das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch auf Grund des nachträglich entstandenen "offenbaren Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung geradezu eine wucherische Ausbeutung des Schuldners und damit einen offenkundigen Rechtsmißbrauch" darstellt.<sup>4</sup>

1 BGE 48 II, 366 ff.

2 BGE 69 II, 145;

3 BGE 46 II, 162, 163;

4 BGE 45 II, 386, 388, bes. 397 ff (Stauweiher-Fall)  
BGE 46 II, 162; 59 II, 372, 378, 379; 62 II, 45;  
67 I, 300 u. 301; 68 II, 173; 69 II 145;

Die Formulierung "wucherische Ausbeutung des Schuldners" verweist nicht auf den Übervorteilungsstatbestand des Art. 21 OR, da diese Gesetzesbestimmung die Ausbeutung einer besonders schutzbedürftigen Vertragspartei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verhindern will. Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle beziehen sich auf ein erst nachträglich eingetretenes Mißverhältnis der Vertragsleistungen.<sup>1</sup>

Anknüpfungspunkt der Rechtsprechung bildet vielmehr das Verbot des Rechtsmißbrauchs (Art. 2 II ZGB), dessen Kriterium in diesen Fällen das krasse Mißverhältnis der Interessen ist. Die strenge Formulierung soll den Ausnahmecharakter des richterlichen Eingriffs betonen.<sup>2</sup> Nicht jede nachträglich gestörte Äquivalenz der Leistungen läßt einen berechtigenden Eingriff in Form der Vertragsanpassung oder -aufhebung zu.<sup>3</sup> Da das Gebot der Vertragstreue zu wahren ist, bleiben für den Richter im Einzelfall trotz des Erfordernisses der wucherischen Ausbeutung die Schwierigkeiten bestehen, wann ein nachträglich entstandenes, krasses Mißverhältnis der Interessen und damit ein Rechtsmißbrauch vorliegt, der eine Vertragsanpassung oder gar Vertragsaufhebung zuläßt.<sup>4</sup>

1 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 196, S. 280; Nr. 230, S. 291; Merz in ZSR 61 (1942) S. 500a; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 21 OR Nr. 1, 2, 9; Oser in Zür. Ko. V, 1 Art. 21 OR Nr. 7-13;

2 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 228, S. 290; Merz in ZSR 61 (1942) S. 502a u. 508 a; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II, S. 179; Rieder, Diss. Basel 1951, S. 90, 93, 95;

3 Merz in Berner Ko. Nr. 230, 234; S. 291, 292 zu Art. 2 ZGB Bd. I, 1;

4 vgl. die wechselhafte Rechtsprechung zur Geldentwertung: BGE 45, II, 351 ff; 47 II, 440 ff; 48 II, 249, 252; 51 II, 303; 53 II, 76; 57 II, 368, 371 ff; 62 II, 45; ZBJV 95 (1959), S. 236, 237; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 231, S. 291; Tuor, Schweiz ZGB S. 44; Besson, Diss. Lausanne 1955, S. 70, 71;

Eine Hilfe zum Schutz gegen die Gefahren einer grundsatzlosen Billigkeitsrechtsprechung bietet die Beachtung des vertraglichen Risikobereiches. Der Schuldner kann sich auf solche veränderten Umstände nicht berufen, die voraussehbar waren. Andernfalls wäre nach dem Vertrauensprinzip ein unmißverständlicher Vorbehalt erforderlich gewesen. Erhöhte Anforderungen werden bei spekulativen Geschäften gestellt, da die Parteien in diesen Fällen gerade die Unge-  
wissenheit und Veränderung der Umstände in Rechnung stellen.<sup>1</sup> Im übrigen ist die Berufung auf veränderte Umstände nicht mehr möglich, falls der Vertrag schon erfüllt ist, denn damit hat der Schuldner die Zumutbarkeit der Leistungspflicht bejaht. Ebenso sind erschwerende Umstände unbeachtlich, falls der Schuldner sie verschuldet hat, oder falls er sich bei ihrem Eintritt in Verzug befindet.<sup>2</sup>

#### IV. Lösungsvorschläge der Lehre

Bei der Abwägung, wie weit veränderte Umstände Einfluß auf die Vertragsabwicklung nehmen können, ohne das Gebot der Vertragstreue in Frage zu stellen, ist die deutsche und schweizer. Rechtsprechung in besonderem Maße den Gefährdungen grundsatzloser Billigkeitsüberlegungen ausgesetzt.<sup>3</sup> Auf der Suche nach zuverlässigeren Kriterien für die Beachtlichkeit

1 BGE 69 II, 144, 145; 63 II, 82; 59 II, 380; 48 II, 125 u. 451; 47 II, 318; 45 II, 397, 398; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 223, S. 288; Nr. 226, S. 289, 290; Dächenaux in ZSR 61 (1942) S. 569 a, 570a, 579a-583a, 588a, 589a; Egger ausgewählte Schriften Bd. II, S. 181, 184, 185;

2 Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 225, 227, S. 289, 290;

3 BGHZ 2, 184; RGZ 142, 40, 41; BGE 69 II, 145; vgl. dortige Billigkeitserwägungen

veränderter Umstände hat die Lehre eine Vielzahl anderer konstruktiver Wege aufgezeigt.

In der anfänglichen Praxis der deutschen und schweizer. Gerichte hat häufig der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, bzw. der überobligationsmäßigen Schwierigkeit Verwendung gefunden, falls dem Schuldner das Überwinden der entstandenen Schwierigkeiten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden konnte, weil eine schwerwiegende Störung des Äquivalenzverhältnisses der Leistungen eingetreten war.<sup>1</sup> Der Gedanke lag nahe, bei persönlicher Unzumutbarkeit und Unerschwinglichkeit die Unmöglichkeitsregeln anzuwenden.<sup>2</sup> Heute wird die Gleichstellung von Nichtleistenkönnen und Nichtleistensollen abgelehnt, weil sie den Unmöglichkeitsbegriff verwischt und das Problem nur verschiebt, nicht löst.<sup>3</sup>

In der neueren schweizer. Lehre ist der Ansatzpunkt unangetastet geblieben, mittels Auslegung und Ergänzung stillschweigend vereinbarte Bedingungen zu ermitteln. Hier lebt die *clausula rebus sic stantibus*-Tradition fort, aber auf der Grundlage einer von

† BGH in MDR 1952, 282, 283; RGZ 102, 273; 100, 131; 94, 47; 93, 342; 57, 116 u. 119; BGE 68, II, 172; 57 II, 534; 44 II, 518; 43 II, 176, 177;

2 Fick in ZSR 44, (1925) S. 172, 173; Oser in Zür. Ko. V, 1 Art. 119 OR Nr. 6; Heck, Schuldrecht § 28 S. 86 u. 88;

3 Larenz, Schuldrecht § 20 I d, S. 244, 245; Esser, Schuldrecht § 86 4 c, S. 388; Enn.-Lehmann § 41 II, 1 FN 4, S. 176; Staud.-Weber § 242 Anm. B 55, 73, 86; Erman-Groepper Anm. 12 vor § 275; Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 191 S. 278; Merz in ZSR 61, (1942) S. 414 a, 415a; v. Büren, Schweiz. OR, Allg. Teil, S. 402, 403; Guhl, Schweiz. OR § 38 V; Becker in Berner Ko. VI, 1 Art. 97 OR Nr. 17; Besson, Diss. Lausanne 1955, S. 63, 64; Rieder, Diss. Basel 1951, S. 81-84.

Treu und Glauben bestimmten Auslegungslehre, nicht eines fiktiven Parteiwillens. Problematisch wird die Berücksichtigung der veränderten Umstände, falls die Vertragsauslegung nicht hilft, jedoch schwerwiegende Äquivalenzstörungen einen berichtigenden Eingriff in den Vertrag fordern.

v. Büren verweist in den Fällen ganz außergewöhnlicher, unabwendbarer und außerhalb aller Erwägung stehender Ereignisse, die erst nach Vertragsschluß auftreten, auf den Gedanken der höheren Gewalt, der auch zur Abwehr von mit Treu und Glauben unvereinbaren Ergebnissen herangezogen werden soll.<sup>1</sup>

Beachtung verdient der Vorschlag von Merz: Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Rechtsordnung den einschneidenden Änderungen der Sozialexistenz anzupassen. Unterläßt der Gesetzgeber diese Pflicht, so ist die gesetzliche Risiko- und Haftungsordnung lückenhaft geworden, und der Richter hat im Wege der Ausfüllung von Gesetzeslücken nach Art. 1 II ZGB die fehlende Regel selbst aufzustellen.<sup>2</sup>

Durch Flume ist eine Neuinterpretation der deutschen Rechtsprechung erfolgt, die Ähnlichkeiten mit den schweizer. Gedankengängen aufweist. Die Ergebnisse der deutschen Rechtsprechung finden Zustimmung, jedoch werden die Entscheidungen trotz Verwendung des Begriffes "Wegfall der Geschäftsgrundlage" aus dem richtigen Verständnis der Vertragsvereinbarungen erklärt. Was angebliche Vertragsgrundlage ist, d.h. gemeinsame unausgesprochene Parteivorstellung, stellt sich bei richtiger Auslegung und Ergänzung als Vertragsvereinbarung dar. Die von Treu und Glauben be-

<sup>1</sup> v. Büren, Schweiz. OR, Allg. Teil, S. 401, 402;

<sup>2</sup> Merz in Berner Ko. I, 1 Art. 2 ZGB Nr. 249, S. 295, Nr. 258, S. 297;

stimmte Auslegungslehre gelangt zu einer vertraglich vereinbarten Risikoverteilung: Keiner der Partner trägt das Risiko der veränderten Umstände, also werden keinem die ungünstigen Veränderungen auferlegt.<sup>1</sup> Für die zahlreichen Erscheinungsformen der subjektiven Geschäftsgrundlage gibt es keine einheitliche Lösung. Jedoch verbirgt sich hinter den von Flume aufgezeigten Wegen ein stillschweigend vereinbarter Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse, ähnlich der ursprünglichen *clausula rebus sic stantibus*-Lehre. Nur ist nicht Ausgangspunkt der fiktive Parteiwille, sondern die vertragliche Risikoverteilung auf Grund der objektiven Umstände des Einzelfalles.<sup>2</sup>

Im Falle einschneidender Veränderungen der Sozialexistenz durch Krieg und kriegsähnliche Ereignisse (sogenannte objektive Geschäftsgrundlage) scheitert regelmäßig die Methode, aus dem Vertragsganzen eine entsprechende Risikoverteilung zu ermitteln. Anknüpfungspunkt wird die grobe Äquivalenzstörung, welche die ursprüngliche Risikoverteilung des Vertrages ungerecht macht. Der Richter hat, falls der Gesetzgeber nicht rechtzeitig eine angemessene neue Risikoverteilung trifft (z.B. deutsches Vertragshilfegesetz von 1952), einen privaten Lastenausgleich vorzunehmen, der vom gesamten Sozialgeschehen bestimmt wird.<sup>3</sup> Merz nimmt in diesen Fällen eine Lücke in der gesetzlichen Risiko- und Haftungsordnung an und verweist auf Art. 1 II ZGB, wonach der Richter die fehlende gesetzliche Regelung selbst aufzustellen hat.

---

1 Flume, Allg. Teil des BGB, Bd.II: Das Rechtsgeschäft § 26,3, S. 498, 499; (z.B. Neuverständnis der *coronation-cases*);

2 Flume, Allg. Teil des BGB, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, § 26,7, S.525-527; Flume in Festschrift DJT 1960 S. 214 ff u.228;

3 Flume, "llg. Teil des BGB, Bd.II: Das Rechtsgeschäft § 26,7, S. 528; Flume in Festschrift DJT 1960, S. 229, 231, 234-236;

## B) Frankreich und Belgien

### I, Allgemeines

Ebensowenig wie BGB und ZGB enthält der Code civil eine allgemeine Regelung der nachträglich veränderten Umstände, welche die Vertragsabwicklung beeinträchtigen. Den Autoren des Code civil war die mittelalterliche Theorie der *clausula rebus sic stantibus* wahrscheinlich bekannt. Aus dem Gebot der *convention-loi* (Art. 1134 I Cc) ergibt sich eine Ablehnung der Anpassung von Verträgen an die veränderten Umstände (*théorie de l'imprévision*).<sup>1</sup> Aus dem Prinzip der Willensautonomie ergibt sich notwendig das der *convention-loi*, wonach ein Abweichen vom Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht erlaubt wird.<sup>2</sup> Nur ausnahmsweise berücksichtigen Einzelbestimmungen schwerwiegende Veränderungen nach Vertragsschluß.<sup>3</sup>

Seit Beginn des ersten Weltkrieges ist auch die französische Rechtsordnung vor das Problem gestellt worden, daß außergewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse zu schwerwiegenden Äquivalenzstörungen, d. h. zu einem groben Mißverhältnis der Vertragsleistungen führen. Man hat überlegt, daß die Parteien sicherlich den Vertrag nicht in der tatsächlich erfolgten Weise abgeschlossen hätten, wenn die spätere

- 
- 1 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 229, S. 212; Rieg, rôle de la volonté Nr. 525, S. 533; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 632 S. 686, 687;  
2 Civ. 6. mars 1876 = D 1876, 1, 193; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 736, S. 666; Bd. I Nr. 270, S. 294, 295; De Page, droit civil belge Bd. II Nr. 577, S. 565; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 637, S. 697;  
3 Art. 1769, 1770, 1773 Cc (Pächter); Art. 2131 Cc (Hypothekengläubiger); Rieg, rôle de la volonté Nr. 525, S. 533

Entwicklung in Betracht gezogen worden wäre. Vertragsgerechtigkeit und Billigkeit fordern eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände trotz des Gebotes der Vertragstreue.<sup>1</sup>

## II. Berücksichtigung veränderter Umstände in der Verwaltungsrechtsprechung

Den französischen und belgischen Verwaltungsgerichten sind langfristige Lieferverträge vorgelegt worden, deren Erfüllung den öffentlichen Versorgungsbetrieben auf Grund von kriegs- und nachkriegsbedingten Preiserhöhungen existenzgefährdende Schwierigkeiten bereiteten. Die Verwaltungsrechtsprechung hielt an dem Prinzip fest: Selbst eine auf Grund der unvorhersehbaren wirtschaftlichen Veränderungen wünschenswerte Vertragsanpassung ist nur mittels einer erneuten Willenseinigung der Vertragspartner möglich. Jedoch, sind die wirtschaftlichen Veränderungen so schwerwiegend, daß den öffentlichen Versorgungsbetrieben ohne richterliche Hilfe der Konkurs droht und die übrigen Benutzer gefährdet werden, und lehnt der Gläubiger eine freiwillige Vertragsanpassung ab, so wird dem betroffenen öffentlichen Versorgungsbetrieb eine Entschädigung für die unverhältnismäßig gestiegenen Kosten zugesprochen ( *indemnité d'imprévision* ). Hinter diesem konstruktiven Umweg verbirgt sich eine Berücksichtigung solcher veränderter Umstände, die erst nach Vertragsschluß eintreten und die Äquivalenz der Leistungen umstürzen ( *admission de l'imprévision en matière* ).

<sup>1</sup> de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 575 (5) S. . 563;

administrative).<sup>1</sup> Der Wille, die öffentlichen Versorgungsbetriebe lebensfähig zu erhalten und die Erfüllung ihrer im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu sichern, überwindet das Gebot der convention-loi (Art. 1134 I Cc). Das öffentliche Wohl hat in diesem besonderen Fall den Vorrang vor allen anderen Überlegungen.<sup>2</sup>

### III. Ablehnende Haltung der Zivilrechtsprechung

Die zivile Rechtsprechung ist dem Beispiel der Verwaltungsgerichte nicht gefolgt, sondern hat in ständiger Praxis abgelehnt, auf Grund nachträglicher, schwerwiegender Äquivalenzstörungen einen Eingriff in die Vertragsabwicklung vorzunehmen. Obwohl Mitte des 19. Jahrhunderts einige Entscheidungen unterer französischer und belgischer Gerichte eine wesentliche Veränderung der Umstände nach Vertragsschluß über den Gedanken der force majeure (Art. 1148 Cc) zu be-

- 
- 1 Conseil d'Etat 15. juillet 1949 = S 1950, 3, 61; Conseil d'Etat 22. juin 1934 = DH 1934, 448; Conseil d'Etat 9. déc. 1932 = S 1933, 3, 9; Conseil d'Etat, 4. nov. 1932 = DH 1933, 57; Conseil d'Etat 4. mai 1925 u. 27. mars 1926 = DP 1927, 3, 17; Conseil d'Etat 8. févr. 1918 = D 1919, 3, 9; Conseil d'Etat 30. mars 1916 = D 1916, 3, 25; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 228 S. 210; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 866, S. 481; Rieg, rôle de la volonté Nr. 527, S. 536; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 636 S. 687-689;
- 2 Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 228, S. 210; Colin-Capitant-Morandière, droit civil, Bd. II Nr. 866, S. 481; Rieg, rôle de la volonté Nr. 527, S. 536; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 735, S. 665; Bd. I Nr. 270, S. 295; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 392, S. 529; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 472, S. 184, 185; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 582, S. 571;

rücksichtigen schienen<sup>1</sup>, hat die französische und belgische Cour de Cassation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausdrücklich bestätigt, daß weder zeitbedingte Veränderungen noch Billigkeits-erfordernisse den Richter berechtigen, vom Gebot der Vertragstreue abzuweichen und die Vertragspflichten abzuändern.<sup>2</sup>

Seit 1914 ist unter dem Druck unvorhersehbarer Kriegs- und Nachkriegsereignisse die théorie de l'imprévision erneut aufgetaucht. Aber die französische und belgische Rechtsprechung hat diesen aus Billigkeitsgründen erstrebenswerten Weg nicht beschritten. Nach Art. 1134 I Cc ist der Vertrag wie ein Gesetz zu respektieren. Keine noch so schwerwiegenden veränderten Umstände seit Vertragsschluß berechtigen zu einem Eingriff in das Gebot der Vertragstreue. Billigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen haben hinter dem Gebot der Rechtssicherheit zurückzutreten. So werden die vertraglichen Leistungspflichten

---

1 Rouen 9. févr. 1844 = D 1845, 2, 4; Bordeaux 18. mai 1852 = D 1853, 2, 105; Liège 9. juillet 1921 = Pas b 1925, II, 20; Liège 18. janv. 1921 = Pas b 1921 II, 64; Liège 5. juin 1923 = Pas b 1923 II, 178;

2 Civ. 6. mars 1876 = D 1876, 1, 193; "Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants;" Civ. 9. janv. 1856 = D 1856, I, 33; Gand 13. juillet 1921 = Pas b 1922 II, 37; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 228, S. 210; Colin-Capitant-Norandière, droit civil Bd. II Nr. 864, S. 480; Maz.-Maz., droit civil Bd. I, S. 302;

weder durch beträchtliche Preiserhöhungen noch durch Rohstoffknappheit beeinträchtigt,<sup>1</sup> Ebenso unbeachtlich sind staatliche Eingriffe in die Preisgestaltung und beträchtliche Lohnerhöhungen, welche die Kalkulation des Unternehmers umstürzen.<sup>2</sup> Die Einstellungspflicht auf Grund eines fortdauernden Dienstvertrages besteht trotz wesentlich erschwelter Umstände für den Arbeitgeber,<sup>3</sup> ebenso ein vertragliches Konkurrenzverbot, falls ein neues Gesetz die Verhältnisse ändert.<sup>4</sup> Besondere Schwierigkeiten sind bei den Eisernviehverträgen (baux à cheptel) auf Grund der alten Fassung des Art. 1821 Cc (Fassung von 1804) entstanden. Da eine Rückgabepflicht zum anfangs geschätzten Wertbestand, ließ die Rechtsprechung krasse Wertsteigerungen während des ersten Weltkrieges unberücksichtigt und sprach dem Verpächter nur so viele Tiere zu, wie dem geschätzten Wert der Herde bei Pachtbeginn entsprachen. Das bedeutete: Der Verpächter erhielt nur ein Drittel der ursprünglichen Herde zurück, da in der Zwischenzeit die Preise um das Dreifache gestiegen waren, und diese geringe Anzahl von Tieren nun dem bei Pachtbeginn geschätzten Wert entsprach.<sup>5</sup> Diese Auffassung ist beibehalten worden

- 
- 1 Civ.Sect.com.18.janv.1950 = D1950,227; Civ.15.nov. 1933 = GazPal 1934 I,68; Civ. 5.déc.1927 = DH 1928 48; Civ. 17.nov.1925 = DH 1926,35; Trib.com.Seine, in D 1920, 2,33; Trib.de Paix Marseille 17.sept.1936 = DC 1936, 599; Bruxelles 20, févr. 1932 = Pas b 1932 II, 226; Gand 12. mai 1923 = Pas b 1924 II,1;
  - 2 Civ. 17.nov. 1925 = DH 1926,35; Amiens 17.oct.1947, = S 1948, 2, 64 = GazPal. 1948 I,80; Paris 21.déc. 1916 = D 1917, 2, 33;
  - 3 Civ. 4. août 1915 = DP 1916, 1,22;
  - 4 Req. 31. juillet 1934 = DH 1934, 490;
  - 5 Anders noch: Toulouse 5. juillet 1920 = GazPal.1921 I, 65; aber: Civ. 6. juin 1921 = D 1921,1,73; besonders 76 Sp. 2; Civ. 8. nov. 1938 = S 1939, 1, 43; Req. 21.u.26.nov. 1923 = DP 1925,1,60;

bis die loi du 9. juin 1941 in Art. 1821 Cc abänderte: Für die Rückgabe der gepachteten Herde ist seitdem nicht mehr der Schätzwert maßgeblich, sondern die Anzahl der übernommenen Tiere. Der neu eingefügte Art. 1826 IV Cc untersagt Vereinbarungen zum Schätzwert.<sup>1,2</sup>

#### IV. Ausdrückliche Änderungsgesetze für Äquivalenzstörungen von allgemeiner Tragweite

Da die Gerichte in Anwendung des Art. 1134 I Cc die vertraglichen Bindungen den gesetzlichen Pflichten gleichsetzen, steht folgerichtig nur dem Gesetzgeber das Recht zu, Verträge den nachträglich veränderten Umständen anzupassen. Der Gesetzgeber hat schon bald nach Beginn des ersten Weltkrieges erkannt, daß zur Vermeidung untragbarer Zustände ganze Vertragstypen an die wirtschaftlichen Umwälzungen angepaßt werden mußten, sollten sie noch den Forderungen von Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechen.<sup>3</sup> Als erstes Gesetz hat 1918 die loi Faillot (loi du 21. janv. 1918) bestimmt, daß Lieferungs- und andere kaufmännische Verträge, die vor dem 1. August 1914 geschlossen worden waren, durch den Richter aufgelöst werden konnten, falls sie für eine Vertragspartei Belastungen und Schäden zur Folge hatten, welche wesentlich über der voraussichtbaren Entwick-

1 Civ.sec.com. 19. juin 1950 = D 1950,227;

2 Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 736, S. 666; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 864, S. 480; Marty-Raynaud, droit civil, Bd. II 1. Vol. Nr. 228, S. 211; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 472 S. 184; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 392, S. 530; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 634, bis, S. 690; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 578 B, S. 567;

3 Ripert, la règle morale Nr. 85 S. 151, 152;

lung bei Vertragsschluß lagen. Der loi Faillot ist eine Vielzahl von anderen Gesetzen gefolgt, welche besonders bei Dauerschuldverhältnissen die kriegs- und nachkriegsbedingten Veränderungen berücksichtigt haben. Entweder hat der Gesetzgeber eine Vertragsauflösung (résolution) oder eine Vertragsüberprüfung im Sinne einer Vertragsanpassung (revision) vorgesehen.<sup>1</sup>

1 Gesetze nach dem 1. Weltkrieg: loi du 21.janv.1918, dite "loi Faillot"; loi du 9.mars 1918 und 1.avril 1926 (Vertragsanpassung i.S.einer Verlängerung von Mietverträgen); loi du 6. juillet 1925 und 9. juillet 1927 sowie 8. avril und 12. juillet 1933 und décret-loi du 1. juillet und 29.sept.1939 und 29.nov. 1940 (richterliche Änderung des Mietzinses); loi du 29. juin 1835 (Herabsetzung des Kaufpreises von kaufmännischen Unternehmen = fonds de commerce); décret-loi du 16. juin 1935 (automatische Herabsetzung gewisser Schulden um 10 %); décret-loi du 30. oct. 1935 et du 31. août 1937 (Rückzahlung von Schulden ohne Beachtung der vereinbarten Fristen) loi du 4. mars 1938 (Gehaltsänderungen wegen beträchtlich erhöhter Lebenshaltungskosten); Gesetze im Verlaufe des 2. Weltkrieges: loi du 23. avril 1949 (gestattet sukzessive oder abgeänderte Erfüllung für alle vor dem 2. Sept. 1939 geschlossenen Verträge); décret-loi du 1.janv.1940 et 29. nov. 1940, loi du 24. juin 1941 (Vertragsanpassung oder Auflösung bei Mietverträgen); loi du 9. juin 1941, ordonnance du 7.oct. 1945, modifiée par la loi du 13. avril 1946 (betr. Pachtverträge); décret-loi du 10. nov. 1939 (Art.3 u.5); décret-loi du 1. juin 1940 (betr. Dienstverträge); loi du 24.mai 1948, loi du 25.mars et du 2.août 1949, loi du 24. mai 1951, loi du 22. juillet 1952, loi du 9. avril 1953, loi du 11. juillet 1957 (betr. Rentenerhöhungen auf Grund gestiegener Lebenshaltungskosten); loi du 21.juillet 1927 et du 20.mars 1954 (betr. Schenkungsverträge); Belgische Gesetze: loi du 11. oct.1919, modifiée par la loi du 23. juillet 1924; loi du 11. oct.1919; loi du 20. juin 1930; loi du 5. et du 10. août 1933; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 868, S. 483, 484; Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. vol. Nr. 229, S. 212, 213; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 737, S. 666; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 474, 475, S. 185, 186; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr. 393, S. 531; de Page, droit civil belge Bd. II Nr. 581, S. 571;

V. Milderungen der grundsätzlich ablehnenden  
Rechtsprechung

Trotz der zahlreichen Gesetze, die dem Richter einen Eingriff in den Vertrag wegen der veränderten Umstände erlauben, ist man sich in der französischen und belgischen Rechtsordnung bewusst, daß die Änderungsgesetze nur die offenkundigen Mißstände in besonders anfälligen Vertragstypen erfassen, dazu in der Regel erst mit der dem Gesetzgeber eigenen Verspätung abhelfen. Ungeregelt bleibt eine Vielzahl von Fällen aus anderen Lebensbereichen, in denen die Billigkeit eine Anpassung an die veränderten Umstände fordert. Obwohl die Rechtsprechung stets die *théorie de l'imprévision* abgelehnt und die *force obligatoire du contrat* betont hat, gibt es konstruktive Wege, um im Einzelfall zu einer billigen Vertragsabwicklung zu gelangen.

Unberührt von der Ablehnung der *théorie de l'imprévision* bleibt die vertraute juristische Methode, mittels der allgemeinen Auslegungsregeln zu einem stillschweigend vereinbarten Vorbehalt der unveränderten Umstände zu gelangen (*clause tacite rebus sic stantibus*). Da dieser stillschweigende Vorbehalt schon bei Vertragsschluß vorhanden gewesen sein muß, versagt die Auslegungsmethode, wenn feststeht, daß die Parteien an umstürzende Ereignisse (Krieg, plötzliche Wirtschaftskrise) nicht gedacht haben.<sup>1</sup> Die Ermittlung und Wertung der Tatsachen unterliegt dem unabhängigen Beurteilungsrecht des Richters (*juge du fait*), und die Neigung der Gerichte geht dahin, nicht nur im Falle unzweideutiger Tatsachen zu einer stillschweigend vereinbarten Bedingung der *clausula*

---

<sup>1</sup> Popescu, *essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Diss. Paris 1937, S.60-63

rebus sic stantibus zu gelangen, sondern auch aus praktischen Bedürfnissen der Billigkeit und Vertragsgerechtigkeit.<sup>1</sup> Im Sinne einer Vertragsinterpretation, die neben Anhaltspunkten in den Vereinbarungen vor allem Billigkeitsüberlegungen berücksichtigt, sind zahlreiche Gerichtsentscheidungen zu verstehen. Besonders bei Leibrentenverträgen ist auf Grund der veränderten Umstände die Naturalleistung mittels großzügiger Auslegung in eine Geldleistung umgewandelt worden.<sup>2</sup> Diese richterliche Vertragsauslegung erfaßt vor allem den Bereich der deutschen subjektiven Geschäftsgrundlage, falls gemeinsame Vorstellungen und Erwartungen der Parteien bei Vertragsschluß später nicht eintreten, die objektive Geschäftsgrundlage der groben Äquivalenzstörungen dagegen nur so weit, wie der Richter bereit ist, eine entsprechende Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluß zu unterstellen.

Die Fälle des beiderseitigen, gleichartigen Irrtums über vorausgesetzte Umstände, im deutschen Recht mittels der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, nicht mittels § 119 BGB gelöst, sind im französischen und belgischen Recht ähnlich dem schweizerischen (Art. 24 Nr. 4 OR = Grundlagenirrtum) Teil der Irrtumslehre. Der die Substanz der Sache betreffende Irrtum (Art. 1110 Cc = *erreur sur la substance même*

1 Rieg, rôle de la volonté Nr. 404, S. 400-402, besonders 401; de Page, droit civil belge Bd. II, Nr. 578 A, S. 567 note 1 u. 2; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 634 bis, S. 692; Egger, Ausgewählte Schriften Bd. II, S. 172;

2 Req. 8. juillet 1936 = DH 1936, 554; Req. 20. oct. 1936 = DH 1936, 555; Req. 6. févr. 1945 = GazPal 1945 I, 116; Civ. Sec. soc. 27. avril 1945 = D 1945, 323; Nancy 31. oct. 1945 = D 1946, 163; Civ. 27. nov. 1950 = GazPal 1951 I, 132; Civ. 6. juin 1952 = D 1953 Somm. 44; Civ belge 19. mai 1921 = Pas b 1921 I, 380; Gand 13. juillet 1921 = Pas b 1922 II, 37;

de la chause) umfaßt auch die gegenwärtigen Umstände, die bei Vertragsschluß irrtümlich von beiden Vertragsparteien angenommen und als für den Vertragsschluß maßgebliche Beweggründe angesehen werden.<sup>1</sup>

Kommt der Tatrichter bei der unabhängigen Beurteilung der Tatsachen zu dem Ergebnis, daß die Parteien keinen entsprechenden Vorbehalt der unveränderten Umstände bei Vertragsschluß stillschweigend angenommen haben, so bleibt ihm die Möglichkeit der Vertragsanpassung mittels Zubilligung einer Nachfrist (Art. 1244 II Cc = *délai de grâce*). Aus Billigkeitsgründen wird die wirtschaftliche Situation des zahlungswilligen, aber in einer Geldverlegenheit befindlichen Schuldners berücksichtigt und eine angemessene Vertragsabwicklung gewährleistet. Dabei liegt es im Ermessen des Richters, ob er dem Schuldner eine Nachfrist zubilligt oder nicht.<sup>2</sup>

Der Gedanke der Unvorhersehbarkeit gewisser Umstände findet Ausdruck in Art. 1150 Cc.<sup>3</sup> Der Schuldner haftet nur auf Ersatz des Schadens, der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhergesehen werden konnte,

1 Req. 17. juin 1946 = GazPal 1946 II, 204; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.655,S.371, 372; Drexelius, Irrtum und Risiko, S.47 u.S.50 FN 153; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr.166 (1 b) S. 137; Ripert-Boulanger, droit civil Bd.II Nr.156, S. 67,68;

2 Civ.Sec.soc. 21. janv. 1953 = D 1953, 197; Trib.civ. Toulons 16.mars 1948 = D 1948,238; Bonnecase,supplément Bd. III Nr. 314,S.625; Marty-Raynaud,droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 737 S. 753; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 911, S. 782; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1716 S. 949; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 1495, 1496, S. 554; Ripert-Esmein, droit civil Bd.VII Nr.1163,S.566. vgl. die übrigen Ausführungen S. 64, 65, 68;

3 Savatier, theorie de l'imprévision, Sirey 1959 Bd.II S. 5; Ripert-Esmein, droit civil Bd. VI Nr.396,S.536; (Art. 1150 Cc = *idée de l'imprévision*);

es sei denn, daß eine Verbindlichkeit vorsätzlich nicht erfüllt worden ist. Dem Richter steht das unabhängige Recht zu, den eingetretenen Schaden zu berechnen und dabei solche nachträglichen Umstände außer Acht zu lassen, die von den Parteien bei Vertragsschluß nicht vorhersehbar waren. Die nicht vorhergesehenen schadensbegründenden Umstände ermäßigen den Umfang der Ersatzpflicht des Schuldners, ebenso diejenigen, welche für die Höhe des Schadens verantwortlich sind.<sup>1</sup>

Seit den Erfahrungen mit Krieg, Inflation und Wirtschaftskrisen ist in Frankreich der Gedanke aufgetaucht, bei Dauerschuldverhältnissen Klauseln in die Vereinbarungen einzufügen, welche die Möglichkeit zukünftiger veränderter Umstände für die Vertragsabwicklung berücksichtigen. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben sich gegenüber solchen Überlegungen aus währungspolitischen Gründen im ganzen ablehnend verhalten. Für Verträge, die innerhalb der nationalen Grenzen abgewickelt werden, erklärt die Rechtsprechung Gold- und Fremdvalutaklauseln in jeder Form ohne Erlaubnis des Finanzministeriums für unzulässig, weil dadurch die staatlich geregelte Währungs- und Kaufkraftordnung mißachtet wird. Der individuelle Schutz des Gläubigers gegenüber der Geldentwertung hat gegenüber dem Schutz der Allgemeinheit zurückzutreten, da die Abkehr von den staatlich festgesetzten Zahlungsmitteln das allge-

<sup>1</sup> Civ. 7. juillet 1924 = S. 1925, 1, 321 = D 1927, 1, 119; Req. 29. juin 1926 = DH 1926, 420; St. Etienne 15. févr. 1938 = DH 1938, 319; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 518, S. 566, 567; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 897, 898, S. 500, 501; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd. III Nr. 2375, S. 509; Nr. 2378, 2379, S. 513, 514; Ripert-Esmein; droit civil Bd. VII Nr. 862, S. 192, 193; Ripert-Boulanger, droit civil Bd. II Nr. 830, S. 307;

meine Mißtrauen fördern und inflationistische Entwicklungen beschleunigen würde.<sup>1</sup> Dagegen sind im internationalen Zahlungsverkehr Gold- und Fremdwährungsklauseln zulässig.<sup>2</sup>

Ähnlich sind die Bedenken der Rechtsprechung gegenüber solchen Vertragsklauseln, die einen indexmäßig gebundenen und damit variablen Preis vorsehen (clauses d'échelle mobile ou clauses d'indexation). Der Vertragspreis richtet sich nach dem Wert einer bestimmten Warenmenge, nach den allgemeinen Lebenshaltungskosten oder nach einem mittleren Gehalt.<sup>3</sup> Unzulässig sind solche Klauseln, sobald sie den Kaufkraftverlust des Geldes umgehen sollen und damit die staatliche Währungspolitik verletzen, dagegen sind sie zulässig aus allgemeinen Wirtschaftsüberlegungen.<sup>4</sup> Die Abgrenzung ist unbestimmt und erfolgt regelmäßig mangels ausdrücklicher Hinweise aus

- 1 Trib.civ.Metz 25.oct.1950 = D 1951 Somm.15; Civ.16. nov.1938 = GazPal 1939 I,184; Civ. 31.déc.1928 = DH 1929, 33; Civ.17.mai 1927 = D 1928, 1, 25; Paris 22. févr. 1924 = D 1924 II,17; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 575, S.614-616; Maz.-Maz. droit civil Bd. II Nr. 877, S.758; Nr.881, S.761;
- 2 Civ. Sec.com.4.nov.1958 = D1959,361; Paris 13.déc. 1955 = GazPal 1956 I,228; Civ. 24.janv.1956 = GazPal 1956 I,188; Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1.Vol. Nr. 584, S.625,626; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.1456, S.818; Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr.882, S.761;
- 3 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol.Nr. 570, 3, S.612; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd. II Nr. 1459, S. 820; Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 873, S. 755;
- 4 Wirksame Klauseln: Paris 22.juin 1953 = D 1954,111; Civ.26.oct.1948 = S 1949,1,89; Trib.civ.Seine,6. juin 1952 = DH 1952,735; Civ.Sec.soc.27.avril 1945 = D 1945,323; unwirksame Klauseln: Civ.Sec.soc. 22.nov.1951 = GazPal 1951 II,395; Civ.Sec.com. 15.nov.1950 = D 1951, 21; Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol. Nr. 577, S. 618 note 2; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.1459, S.820, 821;

dem Gesamtzusammenhang des Vertrages. Ein Anhaltspunkt ist der Mangel an Gegenseitigkeit, d.h. deflationäre Preissenkungen zum Vorteil des Schuldners bleiben unberücksichtigt.<sup>1</sup>

Eine Änderung der bisherigen Praxis ist mit der Währungsumstellung im Jahre 1958 und den ordonnances des 27. und 30. décembre 1958 und 4. février 1959 eingetreten. Danach sind Gleitklauseln unzulässig bei gegenseitigen Wiederkehr-Schuldverhältnissen, besonders bei Kollektivarbeitsverträgen; sie bleiben zulässig bei einseitig verpflichtenden Verträgen wie Darlehen, Pensions- und Lebensversicherungsansprüchen.<sup>2</sup>

Bei Vertragsschluß können also nach französischem und belgischem Recht nur in engen Grenzen zukünftige veränderte Umstände berücksichtigt werden.

## VI. Erfolglos gebliebene Lösungsvorschläge der Lehre

Die Lehre hat nach Wegen gesucht, um die im Einzelfall erstrebenswerte gerechte Vertragsanpassung an die veränderten Umstände zu ermöglichen und so die Unzulänglichkeiten der Gesetzgebung auszugleichen.<sup>3</sup>

Anknüpfend an die Gedankengänge zur *clausula rebus sic stantibus*-Lehre ist versucht worden, im Wege der Auslegung in den Verträgen eine stillschwei-

1 Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr.878, S.759;

2 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1.Vol. Nr.583, S. 625 note 1-3; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II, Nr.1461, S. 822, 823; Paris 4.mars 1960 = D 1960, 767; Paris 4. juillet 1959 = D1960, 317; Trib.gr.inst.Perpignan 22. déc.1959 = D 1960, 347 = S 1960, 224;

3 de Page, droit civil belge Bd.II, Nr.577, S.566; Rieg, rôle de la volonté Nr.526, S.535; Réviriot le droit privé français et la théorie de l'imprévision, Diss. Genève 1951, S.17-20;

gend vereinbarte auslösende Bedingung; im Sinne des Art. 1184 Cc zu ermitteln für den Fall, daß sich die Umstände später ändern. Die Unzulänglichkeit dieser Methode ist offenkundig. In der Merzhzahl der Fälle steht auf Grund der Umstände bei Vertragsschluß fest, daß die Parteien an spätere, tiefgreifende Veränderungen nicht gedacht haben.<sup>1</sup>

Ältere Entscheidungen unterer Gerichte haben versucht, an den Gedanken der höheren Gewalt (force majeure, Art. 1148 Cc) anzuknüpfen.<sup>2</sup> Kriterien der höheren Gewalt sind: Unmöglichkeit der Erfüllung, sowie Unvorhersehbarkeit und Unwiderstehlichkeit des Ereignisses, welches die Erfüllung der Vertragspflicht unmöglich macht.<sup>3</sup> Trotz gewisser Ähnlichkeit machen die nachträglich veränderten Umstände die Vertragserfüllung nicht unmöglich, sondern nur beschwerlich und unverhältnismäßig kostspielig. Daher sind die Hindernisse nicht unwiderstehlich und unüberwindbar.<sup>4</sup>

- 1 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol. Nr.227, S. 209; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.863, S. 480; Rieg, rôle de la volonté, Nr. 526, S. 534, 535; Reviriot, Diss. Genève 1951 S. 24-26; Propescu, Diss. Paris 1937, S.74; Maz.-Maz., droit civil Bd.II, Nr. 734, S.665;
- 2 Rouen 9. févr. 1844 = D 1845, 2, 4; Bordeaux 18. mai 1852 = D 1853, 2, 105;
- 3 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol., Nr.485-487, S.529-531;
- 4 Civ.sec.com.18. janv. 1950 = D 1950, 227; Civ.5.déc. 1927 = DH 1928, 84; Civ. 17.nov. 1925 = DH 1926, 35; Civ. 4. août 1915 = DP 1916, 1, 22; Trib.com.Seine 16.déc.1919 = D 1920, 2, 33 et note Ripert; Colin-Capitant-Morandière, droit civil Bd.II Nr.863, S. 479; Rieg, rôle de la volonté, Nr. 526, S.535; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II, Nr.1579, S. 570-580; de Page, droit civil belge Bd.II, Nr. 575, S. 562; Reviriot, Diss. Genève 1951, S.21-23;

Der Begriff der *lésion* in allgemeinste Definition bedeutet: Die Leistungen des Austauschvertrages befinden sich in einem Mißverhältnis.<sup>1</sup>

Art. 1118 Cc beschränkt die Anwendung dieses Rechtsinstituts: für Verträge von Minderjährigen ist die *lésion* ein genereller Wichtigkeitsgrund (Art. 1305 Cc), bei volljährigen Personen kennt das Gesetz nur spezielle Ausnahmefälle.<sup>2</sup> Die Rechtsprechung hat die gesetzlichen Regeln restriktiv interpretiert.<sup>3</sup> Das Institut der *lésion* regelt vertragsinterne Unzulänglichkeiten, welche beim Vertragsschluß bestehen. Die *théorie de l'imprévision* bezeichnet aber Fälle, in denen das grobe Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung erst nach Vertragsschluß durch veränderte äußere Umstände verursacht wird. Es handelt sich um eine *lésion à posteriori*, die vom restriktiven Anwendungsbereich der gesetzlichen Bestimmungen nicht gedeckt wird.<sup>4</sup>

Lémery hat 1916 bei der Vorbereitung der *loi Faillot* auf die Lehre von der *cause* hingewiesen: Jeder Vertrag wird nur wegen einer gewissen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung geschlossen. Daher entfällt der Rechtsgrund einer Verpflichtung (*cause de l'obligation*, Art. 1108, 1131-1133 Cc), falls das beabsichtigte Gleichgewicht der Leistungen durch spätere veränderte Umstände aufgehoben wird.

---

1 Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II Nr.211, S.167;

2 Art. 783, 887 II, 1674, 1854 Cc; Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II, Nr.212, S.168, 169;

3 Maz.-Maz. *droit civil*, Bd.II Nr.213, S.169, 170;

4 Rieg, *rôle de la volonté* Nr. 526, S.535 note 360; Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II Nr.734, S.665; Revi-riot, *Diss. Genève*, 1951, S.39-40; Popescu, *Diss. Paris* 1937, S. 69-71;

Nach Rechtsprechung und Lehre besteht die cause der Verpflichtung des einen Vertragsteils in der Erfüllung der Vertragspflicht des anderen. Der wirksame gegenseitige Vertrag bildet die cause und ist zu unterscheiden von den Motiven. Bei nachträglich veränderten Umständen liegt stets ein wirksamer Vertrag und damit eine cause vor.<sup>1</sup>

Art. 1134 III Cc verlangt die Vertragserfüllung nach Treu und Glauben (exécution de bonne foi). Nach dem Wortsinn liegt es nahe, ein treuwidriges Verhalten anzunehmen, wenn ohne Rücksicht auf die veränderten Umstände und die daraus dem Partner entstehenden Schwierigkeiten die Erfüllung des Vertrages verlangt wird. Jedoch ist Art. 1134 III Cc in Zusammenhang mit dem Abs. I zu lesen (Gebot der convention-loi). Das Gebot der redlichen Vertragserfüllung gebietet deswegen nichts anderes als das Gebot der Vertragstreue, ein Vertragsauflösungsrecht ist daraus nicht ableitbar.<sup>2</sup> Im Gegensatz zur deutschen und schweizer. Rechtsordnung hat die französische und belgische den Begriff der bonne foi contractuelle stets als zu unbestimmt angesehen, um daraus juristische Folgerungen herzuleiten. Art. 1134 III Cc wird nicht als konkrete Rechtsregel verstanden, welche ethische Lücken des Gesetzes auszufüllen vermag, höchstens als unausgesprochenes Motiv ähnlich der équité, das hin-

<sup>1</sup> Maz.-Maz., droit civil Bd. II Nr. 734, S. 665; Nr. 703, S. 640; Reviriot, Diss. Genève 1951, S. 27-29; Rieg, rôle de la volonté, Nr. 526, S. 535; Ripert-Boulanger droit civil Bd. II Nr. 471, S. 184; Nr. 283, ;. 113; Nr. 296, S. 120; Definition der cause: Paris 17. et 18. nov. 1952 = D 1953, 63; Civ. 17. mai 1944 = GazPal 1944 II, 71; Civ. 21. févr. 1944 = GazPal 1944 I, 249; Marty-Raynaud, droit civil Bd. II 1. Vol. Nr. 173, S. 157; Popescu, Diss. Paris 1937, S. 67-69; Demogue, obligations Bd. VI Nr. 634 bis, S. 692;

<sup>2</sup> Capitant in note D 1917, 2, 33 u. 34 zu Paris, 21. déc. 1916;

ter zahlreichen Entscheidungen entdeckt werden kann.<sup>1</sup>

Schließlich ist ähnlich der schweizer. Rechtspraxis auf die Lehre vom abus de droit verwiesen worden. Das Begehren der Vertragserfüllung kann möglicherweise den Vertragszweck verletzen, wenn die beabsichtigte Äquivalenz der Leistungen nicht mehr gewährleistet ist. Der Gedanke des but légitime d'une obligation, de la finalité morale, du détournement d'un droit de son but moral ist in diesem Zusammenhang erörtert worden. Nach heutiger Auffassung bildet der Begriff der faute das entscheidende Kriterium des abus de droit. Das Verlangen, einen ordnungsgemäß geschlossenen Vertrag zu erfüllen, stellt weder eine faute délictuelle (dol = Vorsatz) noch quasi-délictuelle (imprudence ou négligence = Fahrlässigkeit) dar.<sup>2</sup>

- 
- 1 Marty-Raynaud, droit civil Bd.II 1. Vol. Nr.227, S.209; Rieg, rôle de la volonté Nr.526, S.535; Ripert-Esmein, droit civil Bd.VI Nr.396, S.536; Demogue, obligations, Bd.VI Nr.634 bis, S.692; Reviriot, Diss. Genève 1951, S. 20-u.21; Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939, S.119-122, Nr.67; Popescu, Diss. Paris 1937, S.58-60;
- 2 Rieg, rôle de la volonté Nr. 526, S.535; Maz.-Maz., droit civil Bd.II Nr. 734, S.665; Ripert-Boulanger, droit civil Bd.II Nr.471, S.184; Reviriot, Diss. Genève 1951, S.38-39; Popescu, Diss. Paris 1937, S.63-67

### C) Vergleich

Im deutschen und schweizer. Recht besteht Einigkeit darüber, daß nachträglich veränderte Umstände die Vertragsabwicklung beeinflussen können. Alle Lösungswege haben ihren Ausgangspunkt in dem Treu- und Glaubensgebot (§ 242 BGB, Art. 2 I ZGB). Stets entsteht ein Konflikt zwischen dem Gebot der Vertragstreue und den Forderungen von Gerechtigkeit und Billigkeit. Ob es die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist oder die allgemeine Vertragsauslegung oder die Lehre vom Rechtsmißbrauch, an irgendeinem Punkt eines jeden Lösungsweges taucht die Gefahr der Rechtsaufweichung, der grundsatzlosen Billigkeitsrechtsprechung auf. Dieses Problem ist theoretisch nicht zu lösen, sondern wird letztlich der richterlichen Erfahrung und Praxis anvertraut. Von dem entscheidenden Gesichtspunkt aus gesehen, wann nämlich die veränderten Umstände noch im zumutbaren Risikobereich einer Vertragspartei liegen, bzw. wann sie einen richterlichen Eingriff in den Vertrag aus Unzumutbarkeitsgesichtspunkten rechtfertigen, verdient keine der juristischen Methoden den Vorzug. Ob zur Lösung ein neues Rechtsinstitut erforderlich ist - etwa die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage - wird fragwürdig. Die deutsche Rechtsprechung gibt dazu keine Auskunft, als Spiegelbild der juristischen Meinungen kann sie zweideutig ausgelegt werden.<sup>1</sup> Den Vorzug verdient diejenige Methode, welche mit Hilfe überkommener und gesicherter Rechtsinstitute das Problem der nachträglich veränderten Umstände zu lösen versucht.

---

<sup>1</sup> Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, § 26, 7; Flume in Festschrift DJT 1960, S. 207-238 Nr. 32-47;

Das ist der Weg der schweizer. Rechtsprechung mittels Vertragsauslegung und Rechtsmißbrauchslehre.

Die französische und belgische Rechtsordnung lehnt es grundsätzlich ab, die veränderten Umstände bei der Vertragsabwicklung zu beachten. Aufschlußreich für die unterschiedlichen Auffassungen im deutsch-schweizer. und belgisch-französischen Vertragsrecht sind zwei entgegengesetzte Entscheidungen über einen vergleichbaren Sachverhalt. Dem vom schweizer. Bundesgericht 1919 entschiedenen Stauweiher-Fall<sup>1</sup> entspricht die Entscheidung der französischen Cour de Cassation zur l'affaire du Canal de Craponne<sup>2</sup> aus dem Jahre 1876:

- 
- 1 BGE 45 II, 388 u. 397, 398; vgl. auch BGH in BB 1958, 131: Zu dem Begehren, für die Zukunft Wasserzinsen auf einen Betrag zu erhöhen, aus dem jederzeit die Kosten des Unterhalts, Betriebs und der Reinigung eines Weihers nebst der zugehörigen Einrichtungen, sowie eine angemessene Entschädigung für die Mühe- waltung bestritten werden können, hat das schwei- zer. Bundesgericht ausgeführt: "Im modernen Recht besteht die Einsicht, daß Veränderungen ein Ver- hältnis hinfällig machen können, die kein anerkannter Erlöschensgrund sind. Zwar ist bei einem Ver- trag für längere Zeit regelmäßig auch die Gefahr einer nachteiligen Veränderung übernommen. Wird aber die Leistungspflicht des Schuldners derart onerös, daß ein Beharren auf der Pflicht dem öko- nomischen Ruin gleichkommen würde, so ist die Be- freiung von der Leistungspflicht ein Gebot der Billigkeit. Der streng rechtliche Grundsatz von Treu und Glauben bildet die Schranke aller Rechts- ausübung."
- 2 Civ. 6. mars 1876 = D 1876, 1, 193 et note Giboulot: Entgegengesetzt lauten die Erwägungen der Cour de Cassation in der Entscheidung zum Canal de Craponne, in welcher eine Erhöhung des Entgeltes verlangt wurde, weil die für die Bewässerung von Feldern 1567 vereinbarten Abgaben 3 Jahrhunderte später ungenügend geworden waren, um auch nur die Unter- haltungskosten für den Kanal zu decken: "In kei- nem Fall ist es den Gerichten erlaubt, so billig und gerecht eine solche Entscheidung auch erschei- nen mag, Zeitablauf und veränderte Umstände in Be- tracht zu ziehen, um die Vertragsvereinbarungen abzuändern und neue Bestimmungen anstelle der alten zu setzen, die von den Parteien aus freiem Willen angenommen worden sind."

Die Ablehnung der *théorie de l'imprévision* hat sich im französischen und belgischen Recht streng durchgesetzt. Es gibt nur indirekte Milderungswege bei nachträglich veränderten Umständen, die ausgenutzt werden können: Berücksichtigung der veränderten Umstände mittels Auslegung, gemeinsamer Irrtum (Art. 1110 Cc), Gewährung von Nachfristen (Art. 1244 II Cc), freies richterliches Schadensminderungsrecht (Art. 1150 Cc), beschränkte Zulässigkeit von vorbeugenden Vertragsklauseln.

Verglichen mit der deutschen und schweizer. Rechtspraxis wird das Gebot der Vertragstreue strenger beachtet (Art. 1134 I Cc), die Entscheidungen sind härter im Einzelfall. Die *bonne foi contractuelle* (Art. 1134 III Cc) spielt keine Rolle, *équité* und *morale* wirken höchstens mitbestimmend bei der Ermittlung der *volonté tacite des parties*. Hier findet sich der Beweis, daß eine Rechtsordnung ohne *théorie de l'imprévision* trotz der Kriegs- und Nachkriegswirren auskommen kann.

## § 7 Einfluß persönlicher Umstände auf die Vertragsabwicklung

### A) Deutschland Schweiz

#### I. Allgemeines

Falls weder das Begehren des Gläubigers nach Vertragserfüllung rechtsmißbräuchlich ist, noch veränderte äußere Umstände die Vertragsabwicklung unerträglich erschweren, kann es sich doch ergeben, daß für den Schuldner der Vertrag nicht ohne schwerwiegende moralische Not zu erfüllen ist. Die Rücksichtnahme auf achtenswerte persönliche Belange steht der ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung entgegen, obwohl das Gebot der Vertragstreue auch den persönlichen Einsatz des Schuldners fordert. Es ist abzuwägen, wie weit der im Treu- und Glaubensgebot enthaltene Gedanke der Unzumutbarkeit im Vertragsrecht Gewissensprivilegien gewährt, so daß der Schuldner aus persönlichen Gründen von seinen Pflichten befreit wird.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Esser, Schuldrecht, § 34, 9 a, S. 118; Larenz, Schuldrecht Bd. I § 10 II c, S. 113; Staud.-Weber § 242 Anm. B, 379 ff; Soergel-Siebert § 242 Anm. 20 Bosh und Habscheid in JZ 1954, S. 214, 215; Blo-meyer in JZ 1954, S. 311;

## II. Höhere persönliche Interessen

Unzumutbar kann die Vertragserfüllung aus dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme auf Leben und Gesundheit des Schuldners oder seiner Familienangehörigen werden. Die Lehre führt als Beispiele unter anderem an: Den Schauspieler, dem das Auftreten an einem bestimmten Abend nicht zugemutet wird, wenn damit für ihn wegen Erkrankung eine Lebensgefahr verbunden ist, und die Sängerin, deren Anwesenheit am Bette ihres schwer erkrankten Kindes erforderlich ist.<sup>1</sup> Die deutsche und schweizer. Rechtsprechung hat vergleichbare Fälle bisher nicht entschieden.

## III. Entgegengesetzte Gewissenspflicht

Die Frage nach der persönlichen Zumutbarkeit der Vertragserfüllung stellt sich auch, wenn eine echte Gewissensnot des Schuldners vorliegt. Da die Ernsthaftigkeit der Gewissensbedenken als höchstpersönlicher Entscheidung nicht zu beweisen ist, muß sie wenigstens glaubhaft gemacht werden können, zum Beispiel aus der sittlichen und religiösen Pflichtauffassung der Religionsgemeinschaft des Schuldners. Nicht schützenswert ist das bloße Vorgeben sittlicher Bedenken, um von einer unbequemen Vertragspflicht loszukommen.<sup>2</sup> Die Lehre hat als Beispiele einer echten Gewissensnot angeführt: den jüdischen Gelehrten, der an einem Sabbat einen Vortrag halten soll, den Verkauf von Büchern, welche auf dem Index librorum prohibitorum stehen (Art. 1398 § 1 c), die Verpflichtung des angestellten

1 Larenz, Schuldrecht I § 10 II c, S. 113; Esser, Schuldrecht § 34, 9 a, S. 118; Staud.-Weber § 242 Anm. B 380; Merz in ZSR 61 (1942) S. 457 a;

2 Larenz, Schuldrecht I § 10 II c, S. 113, 114 FN 3;

Apothekers, empfängnisverhütende Mittel zu verkaufen.<sup>1</sup> Liegt ein echter Gewissenskonflikt des Schuldners vor, so gerät das Gebot der Vertragstreue, welches eine grundlegende Pflicht der rechtlichen Wertordnung ist, in Widerspruch zu der aner kennenswerten persönlichen Gewissensentscheidung. Die Forderung nach einem unbedingten Vorrang der Gewissensfreiheit<sup>2</sup> gefährdet in nicht tragbarer Weise die Rechtssicherheit, da es sich um subjektive Bedenken handelt, deren Geltendmachung im Belieben der Partei steht. Die strengere Moralauffassung eines kleineren Kreises kann nicht allein bestimmend sein für das Verhältnis von gebotener Vertragstreue und persönlicher Gewissensentscheidung. Vielmehr sind maßgeblich die allgemeinen Anschauungen über Sittenpflichten und aner kennenswerte Gewissensnot.<sup>3</sup> In der Abgrenzung des Einzelfalles liegt die Schwierigkeit der praktischen Handhabung. Die Rechtsprechung neigt nicht dazu, die Berufung des Schuldners auf eine persönliche Gewissensnot ohne weiteres anzuerkennen.<sup>4</sup> In Tendenzbetrieben wird das Interesse des Arbeitgebers höher bewertet als der Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers.<sup>5</sup>

1 Fikentscher, Schuldrecht § 27 II 3 d, S.113; Enn.-Nipperdey § 15, 5 e, S. 104 FN 115; Staud.-Weber § 242 Anm. B 380; Bosch und Habscheid in JZ 1954, S. 213, 214; JZ 1956, S.297; Blomeyer in JZ 1954, S.309-311; Wieacker in JZ 1954, S.466, 467; Kaufmann in AcP 161 (1962), S.289 ff;

2 Enn.-Nipperdey § 15, 5 e, S.103;

3 Staud.-Weber § 242 Anm. B 389; Blomeyer in JZ 1954, S. 312;

4 LAG Düsseldorf in JZ 1964, 258; Habscheid in JZ 1964, 246; Larenz, Schuldrecht I § 10 II c, S.114 FN 3;

5 BAG in BAG 2,279 (Anstreicherurteil, Gewissensfreiheit und Kündigungsschutz); Enn.-Nipperdey § 15, 5 e S.104 FN 114; Staud.-Weber § 242 Anm. B 391;

Die Lehre hat die möglichen Rechtsfolgen erörtert. Verdient die persönliche Unzumutbarkeit des Schuldners ausnahmsweise Anerkennung, so ist der Vertrag, wenn möglich, diesen persönlichen Verhältnissen anzupassen, sonst erfolgt die Auflösung des Vertrages. Bei Dauerschuldverhältnissen entsteht ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zugunsten des Schuldners.<sup>1</sup> Schwierigkeiten bereitet die Frage der Schadensersatzpflicht. Zu denken ist an einen begrenzten Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle eines Schuldnerverschuldens bei Vertragsschluß, falls nämlich der Schuldner leichtfertig gehandelt hat und den Gewissenskonflikt vorhersehen konnte.<sup>2</sup> Oder aber die persönliche Zwangslage des Schuldners erscheint genügend berücksichtigt, wenn er von der eigentlichen Leistungspflicht befreit wird. Dann muß ihm stets eine Entschädigung des Gläubigers für diese Rücksichtnahme zugemutet werden.<sup>3</sup>

Die Rechtsprechung erkennt die Gewissensentscheidung des Schuldners an, falls ihm vor der endgültigen Vertragserfüllung verbots- und sittenwidrige Ziele bekannt werden. Der Vertrag ist nicht nach § 138 BGB, Art. 20 I OR nichtig, aber es kann dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden, durch eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung mittelbar verbots- und sittenwidrige Gläubigervorhaben zu fördern. Unter diesen besonderen Umständen entfällt die Vertragspflicht des Schuldners ersatzlos.<sup>4</sup>

1 Larenz, Schuldrecht I § 10 II c, S. 113, 114 FN 3; Enn.-Nipperdey § 15, 5e, S. 104 FN 114-116; Bosch u. Habscheid in JZ 1956, S. 301-303;

2 Larenz a.a.O.; Enn.-Nipperdey § 15, 5e, S. 103; Bosch u. Habscheid in JZ 1956, S. 301;

3 Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt vor § 275 Anm. 31; Blomeyer in JZ 1954, S. 312; Bosch u. Habscheid in JZ 1956 S. 302, 303;

4 RGZ 106, 318; 99, 157; 92, 358; Esser, Schuldrecht § 34, 9a, S. 118; Larenz, Schuldrecht I § 10 II c, S. 113 FN 2;

## B) Frankreich und Belgien

### I. Allgemeines

Die französische und belgische Rechtsordnung kennt kein umfassendes Treu- und Glaubensgebot, welches auch den Gedanken der Unzumutbarkeit aus persönlichen Gründen umfaßt. Juristischer Ansatzpunkt aller Lösungswege kann nur die *faute contractuelle* sein. Die Nichterfüllung der Vertragspflicht (*l'inexécution de l'obligation*) bedeutet ein vertragswidriges Verhalten (*faute contractuelle*), falls nicht ein Befreiungsgrund eingreift (*cause d'exonération*).<sup>1</sup> Neben der Handlung eines Dritten und dem Verschulden des Geschädigten bildet den wichtigsten Befreiungsgrund von der Haftung der Zufall oder die höhere Gewalt (*Art. 1148 Cc = cas fortuit ou force majeure*). Beide Begriffe werden synonym verwendet.<sup>2</sup> Voraussetzungen für die Anerkennung höherer Gewalt sind: Unmöglichkeit der Erfüllung sowie Unvorhersehbarkeit und Unvermeidbarkeit des Ereignisses (*impossibilité d'exécuter, imprévisibilité et irrésistibilité de l'événement*).<sup>3</sup> Der Gedanke der persönlichen Unzumutbarkeit findet in der höheren Gewalt Aufnahme, falls darunter nicht nur äußere, vom Schuldner unabhängige Ereignisse fallen, sondern auch solche, die in seiner Person begründet sind.<sup>4</sup> Grundsätzlich wird eine abso-

1 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol. Nr.482, S.526, 527; Maz.-Maz., *droit civil* Bd.II Nr.571, 572, S.515, 516; de Page, *droit civil belge*, Bd.II Nr.1034, S.1094

2 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol.Nr.483, S.527; Colin-Capitant-Morandiére, *droit civil* Bd.II Nr.848, S.471; Nr.851-853, S.473; de Page, *droit civil belge*, Bd.II Nr.1035-1038, S.1095-1098;

3 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol.Nr.485-487, S.529-531; de Page, *droit civil belge*, Bd.II Nr.1036, bis, S.1096, 1097

4 Marty-Raynaud, *droit civil* Bd.II 1.Vol.Nr.488, S.531;

lute Unmöglichkeit gefordert. Die relative Unmöglichkeit reicht nicht aus.<sup>1</sup>

## II. Höhere persönliche Interessen

In Ausnahme zu dem Grundsatz, daß die force majeure eine absolute Unmöglichkeit der Vertragserfüllung erfordert, hat während der Weltkriege die französische und belgische Rechtsprechung im Falle von Kriegsereignissen genügen lassen, daß der Schuldner die fremden Angelegenheiten mit der ihm zumutbaren Sorgfalt besorgt hat, um eine Unvermeidbarkeit des späteren, schädigenden Ereignisses und damit eine haftungsbefreiende force majeure anzuerkennen. Das Problem hat sich im Zusammenhang mit der militärischen Niederlage im Juni, Juli 1940 gestellt. Beim deutschen Einmarsch in Frankreich verließen zahlreiche Verwahrer (dépositaires) die ordnungsgemäß aufbewahrten Sachen, um sich und ihre Familien in Sicherheit zu bringen. Während ihrer Abwesenheit wurden die Verwahrungsobjekte (bei Garageninhabern abgestellte fremde Autos, bei Banken hinterlegte Wertgegenstände) entweder entwendet oder zerstört.<sup>2</sup>

Ein Teil der unteren Gerichte hat die Berufung des Verwahrers auf die force majeure für unzulässig erachtet, da diese Folgen weder unvorhersehbar noch

---

1 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1572, S. 564,565; Demogue, obligations Nr.505, S.650-652 in Bd.VI; Bonnet, supplément Bd.III, Nr.280,281, S. 558-564; Civ.5.déc.1927 = DH 1928,84; Civ.17.nov. 1925 = DH 1926,35;

2 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1579, S. 571 note 1-4; Chenon, André, les événements de juin 1940 et la responsabilité des dépositaires, in: Gaz Pal 1942 I doctrine, S. 95,96;

unvermeidbar, sondern gerade für den Schuldner vorhersehbar waren und auch vermeidbar, falls er am Ort der verwahrten Sachen geblieben wäre.<sup>1</sup>

Andere Gerichte erkannten an, daß die Verwahrer ihre und ihrer Familienangehörigen Sicherheit über die vertraglichen Pflichten stellen durften, und billigten den Willen, nicht für den Feind arbeiten zu wollen. Man sah den Schuldner ausnahmsweise als von der Vertragshaftung befreit an, weil er sich redlich und vernünftig verhalten und die gehörige Sorgfalt angewandt hatte. Das spätere schädigende Ereignis wurde als höhere Gewalt anerkannt.<sup>2</sup>

Die Cour de Cassation hat sich dieser Rechtsprechungspraxis schließlich angeschlossen.<sup>3</sup>

- 1 Trib. Pithiviers 8.mai 1941 =GazPal 1941 I,506; Trib paix de Sceaux 16.juillet 1941=GazPal 1941 II, 290; Trib.com.Château-Chinon 14.janv.1942 =GazPal 1942 I, 182; Orléans 30.juillet 1942 =GazPal 1942 II 188; Seine 29.nov.1943 = GazPal 1944 I,12; Lyon 22.juin 1944= GazPal 1944 II,162; Trib.com.Mer-seille 17.déc.1941 = GazPal 1942 I,151; Trib.com. Cambrai 13.mai 1941 = GazPal 1941 II,20; Trib.com. Dreux 29.mai 1941 = GazPal 1941 II,186; Trib.com. Seine, 3.juillet 1941 = GazPal 1941 II,405; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1579, S.571 note 1-5;
- 2 Paris 19.mai 1944 = GazPal 1944 II,90; Trib.com. Seine 20.janv.1942 = GazPal 1942 I,168; Rouen 25. févr.1942 = S 1942, 2,26; Versailles, 29.juillet 1943 = GazPal 1943 II,187; Paris 1.mars 1945 = GazPal 1945 I,200; Paris, 13.nov.1950 = GazPal 1951 I,177; Trib.Seine 3.avril 1951 = GazPal 1951 I,299; Aix 16.oct.1942 = GazPal 1943 I,109; Trib.com.Dijon 10.juin 1941 = DA 1941,351; Trib.com.Seine 9.avril 1943 = GazPal 1943 II,98; Paris 19.mai 1944 = Gaz Pal 1944 II,90; Paris 31.oct.1944 = GazPal 1944 II, 134; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1579, S. 571 note 1-7;
- 3 Civ.Sect.civ.22.déc.1954 = D 1955,252; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1579, S.572 note 1-7 bis

Von der Rechtsprechung wird bei diesen Urteilen unter dem Gewand der *force majeure* abgewogen, wie weit höhere persönliche Interessen die Pflichten des Schuldners mindern. Da ihm auf Grund der persönlichen Gefährdungen nur eine begrenzte Sorgfaltspflicht zugemutet wird, ist für ihn das spätere Ereignis unvorhersehbar und unvermeidbar. Anders als die wirtschaftlichen Erschwernisse auf Grund von Kriegsereignissen (Ablehnung der *théorie de l'imprévision*) hält die Rechtsprechung persönliche Schwierigkeiten und Gefährdungen für beachtlich und hilft dem Schuldner mittels Erweiterung des Begriffes *force majeure*, indem sie anerkennt, daß die höhere Gewalt unter Umständen moralischer Natur sein kann.<sup>1</sup>

Eine ausdrückliche Regelung in diesem Sinn traf der Gesetzgeber für private Transporteure, Post und Eisenbahn, die auf Grund der Kriegsereignisse zwischen 1940 und 1944 nicht mehr die anvertrauten Güter zurückerstatten konnten. Falls der Schuldner keine *faute lourde* begangen hatte, trat unter bestimmten Umständen Haftungsbefreiung ein, ohne daß eine eigentliche *force majeure* vorlag.<sup>2</sup>

### III. Entgegengesetzte Gewissenspflicht

Die echte Gewissensnot kann ihm Rahmen der höheren Gewalt nur beachtet werden, wenn der Unmöglichkeitsbegriff neben den äußeren, unwiderstehlichen Umständen auch psychische Zwangslagen umfaßt. (*impossibilité physique et morale*).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Maz.-Tunc, *responsabilité civile*, Bd.II Nr.1579, S. 574, Bd.I Nr.492, S.542 note 7;

<sup>2</sup> loi du 27. juillet 1940, modifiée par la loi du 29. mai 1941, loi du 27. avril 1941, loi du 28. mars 1941, ordonnance du 24. avril 1944; Maz.-Tunc Bd.I, *responsabilité civile*, Nr.691-2, S.763;

<sup>3</sup> Maz.-Tunc, *responsabilité civile*, Bd.II Nr.1570, S.563;

Untere Gerichte haben im Zusammenhang mit dem Ausbruch des ersten Weltkrieges 1914 ausnahmsweise eine impossibilité morale und damit eine force majeure zugunsten der Inhaber von Spielkasinos anerkannt. Diesen ist nicht durch materielle Hindernisse verwehrt worden, den Kasinobetrieb aufrecht zu erhalten. Aber elementarste Anstandsregeln ("par des motifs de convenance élémentaire") geboten ein entsprechendes Verhalten in der Stunde nationaler Not. Die Gerichte ließen unter diesen besonderen Umständen die impossibilité morale für die force majeure genügen und sprachen den Kasinoinhaber von den vertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Angestellten nach Art. 1148 Cc frei.<sup>1</sup> Diese Entscheidungen sind Ausnahmen geblieben. Im übrigen wird der Begriff der force majeure eng ausgelegt, erforderlich ist eine impossibilité physique statt morale.

In der Lehre wird mit ähnlichen Gründen, entgegen den Entscheidungen der Rechtsprechung<sup>2</sup>, gefordert, den Transporteur von einem Verschulden freizusprechen, der während des Krieges die anvertraute Ware weder abliefern noch zurückbringen kann und sie zu geringem Preis verschleudert, damit sie nicht in Feindeshände fällt. Diese Haltung erscheint aus nationalen Gründen lobenswert, selbst wenn bei der Besatzungsmacht im Wege ordnungsgemäßer Versteigerung ein höherer Preis zu erzielen ist.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung begründet ihre ablehnende Haltung damit, daß ein zukünftiges, drohendes Ereignis keine force majeure ist.

---

1 Chambéry 31.juillet 1915=GazTrib 1916,2,85; Bayonne 5.févr.1916=GazTrib 1916,1,496; Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.II Nr.1570, S.563 note 3;

2 Rennes 2.juillet 1941=GazPal 1941 II,393; Paris 28. avril 1950=GazPal 1950 II,29; Paris 23.nov.1943=GazPal 1944 I,74; Civ.Sect.com.15.déc.1947 = D 1948, 153;

3 Maz.-Tunc, responsabilité civile Bd.I Nr.704-8, S.796, 797; Nr. 704-6, S.794 note 13;

### C) Vergleich

Die Überlegung, daß der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird, weil die Vertragserfüllung für ihn aus persönlichen Umständen unzumutbar ist, trifft im deutschen und schweizerischen Recht einen unsicheren Anwendungsbereich des Treu- und Glaubensgrundsatzes. Bezeichnend ist, daß Entscheidungen deutscher und schweizerischer Gerichte im wesentlichen fehlen, bzw. ablehnend ergangen sind. Da die Bedenken aus einer persönlichen Zwangslage des Schuldners herrühren, fällt die Beurteilung besonders schwer, welche persönlichen Bedenken noch zumutbar zurückzustellen sind, bzw. wann die persönliche Zwangslage für den Schuldner unzumutbar ist und von den Vertragspflichten befreit. Zur Verhinderung einer grundsatzlosen Billigkeitsrechtsprechung verdienen nur krasse Ausnahmefälle Anerkennung.

Die französische und belgische Rechtsordnung kennt kein umfassendes Treu- und Glaubensgebot. Daher ist juristischer Anknüpfungspunkt die *force majeure*. Es finden sich in Widerspruch zur herkömmlichen Dogmatik in Kriegszeiten Ausnahmeregelungen für persönliche Umstände. Diese Ausnahmen werden aber mehr von Gedanken der Staatsraison (*résistance, libération de la France, salut publique*) getragen<sup>1</sup> als von einer allgemeinen Anerkennung des Grundsatzes, daß der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit werden kann, falls ihm die Erfüllung aus persönlichen Umständen unzumutbar wird. Die strenge Vertragsbindung deutet sich darin an, daß die wenigen, kriegsbedingten Ausnahmen im Rahmen der *force majeure* behandelt wurden.

---

<sup>1</sup> vgl. ordonnance du 6. juillet 1943, relative à la légitimité des actes accomplis pour la cause de la libération de la France

## § 8 Zusammenfassender Vergleich

Die Bedeutung von Treu und Glauben, bzw. der bonne foi contractuelle bei der Vertragsabwicklung ist in den verglichenen Rechtsordnungen unterschiedlich. Während im deutschen und schweizer. Recht § 242 BGB und Art. 2 ZGB als gesetzliche Ermächtigung angesehen werden, um eine zeitgemäße und interessengerechte Vertragsabwicklung zu gewährleisten, hat das französische und belgische Recht den gleichlautenden Art. 1134 III Cc nicht in einem vergleichbaren Sinn angewandt.

Die vom Code Napoléon bestimmten Rechtsordnungen betonen strenger das Prinzip der Willensautonomie (autonomie de la volonté), was geschichtlich aus dem liberalistischen und individualistischen Geist der französischen Revolution zu erklären ist. Nach der Gesetzessystematik beherrscht das Gebot der convention-loi (Art. 1134 I Cc) das Gebot der exécution de bonne foi (Art. 1134 III Cc). Zwar wird die das deutsche und schweizer. Recht bestimmende Überlegung nicht verkannt, daß die bonne foi contractuelle die Möglichkeit bietet, von der meist zweifelhaften und unzulänglichen intention commune des parties zu einer vom Parteiwillen unabhängigen, interessengerechten Vertragsabwicklung zu gelangen, so wie es die objektiven Vertrauensumstände erfordern.<sup>1</sup> Doch erscheint der Begriff der bonne foi contractuelle dem französischen und belgischen Rechtsdenken als zu unbestimmt, um daraus Folgerungen für die Lösung eines konkreten Vertragsproblems herleiten zu können. Weil der Begriff zu unbestimmt ist, wird er über unverbindliche Leitsätze hinaus wie tous les contrats sont de bonne

---

1 Vouin, la bonne foi, Diss. Bordeaux 1939 Nr.58, S.104

foi, chacun des contractants doit agir en honnête homme nicht angewandt.

Die deutsche und schweizer. Auffassung ist sich der Unbestimmtheit des Treu- und Glaubensgebotes bewußt, aber sie tastet sich von Einzelfall zu Einzelfall und entwickelt schrittweise für den inhaltsleeren Begriff konkrete Rechtsregeln. Um die Rechtsordnung für ein zeitgemäßes und "gerechtes" Recht offen zu halten, wird in Kauf genommen, daß auch bei den aus Treu und Glauben entwickelten konkreten Rechtsregeln die unsichere Randzone gegenüber dem eindeutigen Kern überwiegt.

Wo sich deutsches und schweizer. Recht zur ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung auf Treu und Glauben berufen, ist die französische und belgische Denkweise eine andere. Die Auslegung und Ergänzung des Vertrages stellt statt auf den objektiven Erklärungstatbestand und das Vertrauensprinzip auf die commune intention des parties ab. Gleiches gilt bei der näheren Bestimmung der Art und Weise, in welcher die vertragliche Hauptleistung zu erbringen ist, und bei der Begründung vertraglicher Nebenpflichten. Die Rechtsmißbrauchslehre wird nicht als Umkehrung des Treu- und Glaubensgebotes gesehen, sondern unabhängig von der bonne foi contractuelle als Unterfall der unerlaubten Handlung. Daher bestimmt die Lehre vom abus de droit nur in vergleichbar engen Grenzen die Vertragsabwicklung. Nachträglich veränderte Umstände, welche im deutschen Recht die Entstehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage veranlaßt haben, bleiben im französischen und belgischen Recht ohne Einfluß, die théorie de l'imprévision wird abgelehnt. Schließlich findet

der Gedanke der unzumutbaren Vertragserfüllung auf Grund persönlicher Umstände in keiner allgemeinen Lehre des französischen und belgischen Rechts Anklang. Nur in Kriegszeiten ist mittels der *force majeure* für Ausnahmefälle geholfen worden.

Wenn trotzdem die französische und belgische Rechtsordnung, bis in die Einzelheiten verfolgbar, zu ähnlichen Ergebnissen gelangt, so erreicht sie dies auf anderen methodischen Wegen. Bei der Ermittlung der *intention commune* werden den Parteien weitgehende billige Absichten unterstellt. Auslegung und Ergänzung des Vertrages, Abwicklung der vertraglichen Hauptleistung, Begründung vertraglicher Nebenpflichten beachten unter stilistischen Vorsichtsmaßregeln vernünftige und gerechte Erfordernisse, wie sie von redlichen Vertragspartnern zu erwarten sind. Das in Art. 1143, 1144, 1184, 1244 Cc, bei der *renonciation tacite* und überhaupt bei der Ermittlung von Tatsachen dem Richter eingeräumte unabhängige Beurteilungsermessens wertet nach Vernunft und Billigkeit, ohne daß es einer Berufung auf die *bonne foi contractuelle* bedarf. Schließlich hat der Gesetzgeber in vielen Fällen eingegriffen, um im Rahmen der Rechtsmißbrauchslehre und der veränderten Umstände eine gerechte Vertragsabwicklung sicherzustellen.

Natürlich kann man von einer *bonne foi contractuelle* als Rechtsidee sprechen und dann in zahlreichen Rechtsregeln und praktischen Entscheidungen das deutsche und schweizer. Treu- und Glaubensgebot wieder-erkennen. Bei dieser Betrachtungsweise ist die *bonne foi* keine wirksame *règle de droit* mehr, sondern ein übergeordnetes *principe juridique*, eine philosophisch-moralische Begründung konkreter Rechtsanwendung.

In diesem Sinne vermischt sie sich mit den Begriffen *équité*, *bonnes moeurs*, *morale*, *utilité sociale* und ist als Grundlage zahlreicher juristischer Regeln deutbar (*fondement d'une règle juridique*).

In einer zusammenfassenden Beurteilung läßt sich feststellen, daß die französische und belgische Rechtsordnung bei unterschiedlichen methodischen Wegen trotz ähnlicher Ergebnisse strenger dem Grundsatz der Willensautonomie verhaftet ist und im vergleichbaren Einzelfall mehr das Gebot der Vertragstreue als die interessengerechte Vertragsabwicklung betont.





## Lebenslauf

Am 4.10.1938 wurde ich als Sohn des Landgerichtsrats Dr.iur. Willi Burkert und seiner Ehefrau Ursula, geb. Jüttner, in Breslau, Schlesien geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Vertreibung aus Schlesien besuchte ich die Volksschule zunächst von 1945 bis 1948 in Lenting bei Ingolstadt, Bayern, von 1948 bis 1950 in Bielefeld. Ostern 1950 trat ich in die Sexta des staatlich-städtischen Ratsgymnasiums zu Bielefeld ein und gelangte im Zuge einer Schulteilung an das neugegründete Max-Planck-Gymnasium, wo ich Ostern 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Im April 1959 wurde ich als Wehrpflichtiger zur Bundeswehr eingezogen.

1960 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft, das mich an die Universität Hamburg, die Ludwig-Maximilians-Universität München, die Université Saint-Joseph, Beyrouth, Libanon sowie die Westfälische Wilhelms-Universität Münster führte.

Am 13. Februar 1965 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm, Westfalen ab.

Im Frühjahr 1965 begann ich mit der Stoffsammlung für die vorliegende Arbeit.

Seit dem 16. Februar 1966 bin ich zum Referendar ernannt und befinde mich im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung.

Bielefeld, den 2. März 1967

*Michael Burkert*





